

POR

DON ANTONIO IVAN de Gurrea y Aragon Benabides y la Cerda, Cavallero del Orden de San-Tiago, Comendador de Miraval y la Inojosa, Gentilhombre de Camara de S. M. &c

SOBRE

LA INMISSION EN LOS DERECHOS, Y possession que ganò el Duque D. Francisco de Gurrea Aragon y Borja, *in Processu Illustris. D. Ioannæ de Pernestan Ducissæ Villæfermosa*, de las Villas de Luna, Erla, y sus Aldeas, Pedrola, Torrellas, Grañen, Quart, Tramacet, y Monflorit, Santa Cruz, y los Fayos, Alcalà de Ebro, y Castillo de Sora, y otros bienes comprehendidos en dicho Processo.

1 OR no incurrir en la nota que haze à los Abogados el Señor Cardenal de Luca, *in relation. Roman. Cur. Forens. disc.46. num. 28.* alli: *Paritèr damnabiles, & contemptibiles reputantur superfluì apparatus vel præfationes Advocatorum, quoniam verus & comendabilis scribendi modus est præsuposita facti seriè strictè & cathegoricè, quo brebius fundare de iure intentionem clientis atque occurrere difficultatibus, quas alterius partis motiva inferre possunt.* Y en atencion à la eminente Literatura de los Señores Ministros, que componen el Tribunal de la Real Audiencia, y circunstancias especiales, que considerò Jacobo Menochio *cons.80. & 81. Plura efficiunt vt paucis quantumcunque fieri possim concludam, per celebris doctrina Excelleneissimi Senatus, eiusdem summa equitas, nam res agitur apud viros Sapientissimos, & Equissimos, qui non efussum sermonem, sed nudam ipsam veritatem spectare, atque sequi solent, magna temporis angustia, & pauperes hij qui appellant*; procurarèmos fundar, con la possible concision, el derecho claro de D. Antonio Juan Benabides, reduciēdo à breves clausulas el hecho de este pleyto.

2 Don Alonso de Aragon Conde de Ribagorça, segundo Nieto del Señor Rey Don Juan el Segūdo, contrajo tres matrimonios; el primero, con Doña Isabel de Cardona, y huvo de èl à Doña Aldonça de Aragon, que casò con Don Guillen Ramon de Castro, Vizconde de Ebol, y en su Capitulacion Matrimonial mandò su Padre el Conde Don Alonso todos sus bienes, con el Vinculo, y substituciones que resultan de su contenido, y refiere el señor D. Luis de Casanate *cons. 45. in princ.* contrahidas al caso *de morir el Conde sin fijo, ò fijos varones legitimos, y de legitimo matrimonio nacidos, y procreados*: El segundo, con Doña Isabel de Espès, del qual no tuvo hijos: Y el tercero, con Doña Ana Sarmiento, del qual huvo en hijo vnico à Don Martin de Gurrea y Aragon, Duque de Villahermosa, que casò con Doña Luisa de Borja, hermana de San Francisco

de

de Borja; y de este matrimonio sobrevivieron quatro hijos: Don Fernando primogenito, Don Martin, Don Francisco, y Doña Ana; Y del que cōtrajo con Doña Maria de Pomar, huvo à Doña Juliana de Aragon: y presuponiendo tenia libres todos los bienes que heredò de su Padre el Conde Don Alonso, dispone de ellos en su Testamento, con la formalidad siguiente.

3 *ITEM, de mi Ducado de Villahermosa, sitiado, y estante en el Reyno de Valencia, y de todas, y qualesquiere Villas, y Lugares del Ducado, y de mi Condado de Ribagorza, sitiado, y estante dentro del presente Reyno de Aragon, y de qualesquiere Villas, y Lugares del dicho Condado; y de qualesquiere Villas, y Lugares, que à mas del dicho Condado tengo, y posseo en el presente Reyno de Aragon, con la jurisdicion Civil, y Criminal, alta, y baxa, mero, y mixto imperio, de todas las dichas Villas, y Lugares, y con los Vassallos, assi hombres, como mugeres, en las dichas Villas, y Lugares, y en qualesquiere de ellos, estantes, y habitantes, y que de aqui adelante estaràn, y habitaràn, y con los frutos, rentas, drechos, proventos, y emolumentos, al dominio, y dominicatura de dichas mis Villas, y Lugares, y de qualquiere de ellos, en qualquiere manera pertenecientes, y pertenecer podientes, y devientes; y del drecho que tengo à la Villa de Cortes, y de todos, y qualesquiere otros bienes mios, assi muebles como sitios avidos, y por aver en cada Lugar, censales, drechos, nombres, y acciones à mi pertenecientes, y pertenecer podientes, y devientes, en qualquiere manera, de las quales por tenor del presente mi ultimo Testamento, despues de pagadas mis deudas, y legados, que de parte de arriba dispongo, los quales dichos mis bienes quiero aver, y he aqui, los muebles por particularmente cada uno de ellos, segun sus nombres, y especie, por nombrados, y declarados, por los dichos, y los derechos, y acciones por particularmente expressados, y recitados, y los Notarios que los han testificado por nombrados, y las Villas, y Lugares, y otros bienes sitios por nombrados, por dos, ò mas confrontaciones confrontados: Dexolos todos al dicho Don Hernando Gurrea y Aragon, mi hijo, y de aquellos heredero mio universal*

ſal le inſtituezco, con los pactos, vinculos, y condiciones, y modi-
ficaciones infraſcriptas, y ſiguientes, y no de otra manera.

4 Es à ſaber, que quiero, y es mi voluntad, que ſucedan en las dichas Villas, y Lugares, y otros bienes ſobredichos, como en bienes de Mayorazgo, el dicho Don Hernando de Gurrea, y Aragon, mi hijo, y ſus hijos, y deſcendientes maſclos, legitimos, è pertuamente, con eſto empero, que aya de llevar mi nombre, y armas, y que aya de ſuceder uno ſolo, y no mas, de tal manera, que el dicho Don Hernando de Gurrea, y Aragon, mi hijo, y heredero, pueda eligir, y nombrar en ſuceſſor de las dichas mis Villas, y Lugares, y otros bienes ſobredichos, uno de ſus hijos, el que mas querrà; y ſi no le nombrare, y eligiere, aya de ſuceder, y ſuceda el hijo mayor maſclo, del dicho mi hijo, y heredero; la qual facultad quiero que tenga qualquiere de los ſuceſſores, en las dichas mis Villas, y Lugares, y otros bienes de mi Mayorazgo; y ſi no uſare de ella, que ſuceda el hijo mayor maſclo, de qualquiere de los deſcendientes maſclos, del dicho mi hijo.

5 Y faltando la deſcendencia de maſclos del dicho mi hijo Don Hernando Gurrea y Aragon, ſuceda en las dichas mis Villas, y Lugares, y bienes ſobredichos de Mayorazgo el dicho Don Martin de Aragon mi hijo, ſus hijos, y deſcendientes maſclos legitimos perpetuamente, con la facultad, y condiciones arriba dichas.

6 Y faltando la deſcendencia legitima de maſclos del dicho Don Martin de Aragon mi hijo, ſuceda en las dichas Villas, y Lugares, y bienes de Mayorazgo el dicho Don Franciſco de Aragon mi hijo, y ſus hijos, y deſcendientes maſclos legitimos perpetuamente, con la facultad, y condiciones arriba dichas.

7 Y faltando la deſcendencia legitima de maſclos del dicho Don Franciſco de Aragon mi hijo, ſuceda la dicha Doña Ana de Aragon mi hija, Vizcondeſa de Ebol; y en falta de ella ſuceda la dicha Doña Juliana de Aragon mi hija; y en falta de ella ſucedan los hijos, y deſcendientes maſclos legitimos de la dicha Doña Ana de Aragon mi hija; con las condiciones, y facultades arriba dichas.

8 Y faltando la deſcendencia legitima de maſclos de la dicha Doña Ana de Aragon mi hija, ſucedan los hijos, y deſcendientes maſclos de la dicha Doña Juliana de Aragon mi hija, con las condiciones, y falcultades arriba dichas.

9 Y faltando todos los ſobredichos, ſucedan las hijas, y deſcendientes de ellas, y de los dichos mis hijos, y deſcendientes de ellos, legitimos, por el miſmo orden, y forma, que de parte de arriba eſtâ dicho, en los hijos, y deſcendientes maſclos, prefiriendo la hija del primero llamado à la del ſegundo; y aſsi de los otros ſuceſsivamente, prefiriendo el maſclo à la hembra, cócurriendo en vn miſmo grado, y con las miſmas cõdiciones, y facultades arriba dichas, las quales quiero aqui aver, y he por repetidas, y expreſſadas en cada vno de los dichos mis hijos, y hijas, y de ſus hijos, y deſcendientes reſpectivè.

10 Y faltando todos los ſobredichos mis hijos, è hijas, y ſus hijos, y hijas, y deſcendientes de ellos, y ellas, ſucedan los hijos, y deſcendientes de mi hermana Doña Aldonça de Aragon, Vizcondeſa de Ebol, yà difunta, por el miſmo orden; prefiriendo ſiempre los maſclos à las hembras.

11 Y faltando todos los ſobredichos, ſucedan los hijos, y deſcendientes de Doña Maria de Aragon, Baroneſa de Heril mi hermana, yà difunta, por el miſmo orden, y con la miſma facultad.

12 Y faltando los hijos, y deſcendientes de la dicha Doña Maria de Aragon, ſucedan los hijos, y deſcendientes de Doña Iſabel de Aragon mi hermana, difunta.

13 Y faltando los hijos, y deſcendientes de la dicha Doña Iſabel de Aragon, ſucedan los hijos, y deſcendientes de mi hermana Doña Franciſca de Aragon, por el miſmo orden, y con las miſmas condiciones.

14 Y en cada vna de las ſobredichas reſpectivè, quiero aver por repetido todo lo que arriba eſtà dicho, en el dicho Don Hernando de Gurrea, y Aragon mi hijo, y heredero.

15 Y quiero, y es mi voluntad, que todos los ſobredichos que han de ſuceder en mis Villas, y Lugares, y bienes ſobredichos, ayá de ſer legitimos, declarando, que ſe entienda legitimos, y de legiti-

mo

mo matrimonio procreados, el que fuere legitimado por ſubſiguiẽte matrimonio.

16 Y en falta de todos eſtos ſobredichos, *ſucedan los que ſe hallaren parientes mios naturales, nacidos, ex ſoluto, ex ſoluta*; prefiriendo los maſclos à las hembras, con las condiciones, *y facultades, y graduandolos por el orden arriba dicho.*

17 *Y en falta de ellos ſucedan los que ſe hallaren expurios, de la miſma manera.*

18 *Y para mayor declaracion de todo lo ſobredicho, quiero, que todos los ſobredichos, y cada uno de ellos, que ſucederàn en dichas Villas, y Lugares, y bienes del dicho Mayorazgo puedan tener la eleccion arriba dicha, y ayan de llevar mi nombre, y armas, y que no pueda ſuceder mas de uno ſolo:* Y que ſiempre ayan de preferir los maſclos à las hembras; *y que no pueda ſuceder ninguno que fuere loco, ni mentecato, ni Clerigo de Orden Sacro, ni Canonigo Reglar, ni otro ningun Religioſo profeſſo, ſino fuere de Orden Militar, que ſe pueda caſar, è diſpenſado que ſe pueda caſar.*

19 *ITEM quiero, que las dichas Villas, Lugares, y bienes ſobredichos de mi Mayorazgo, ſean perpetuamente de Mayorazgo, de tal manera, que no ſe puedan todos, ni partido alguno de ellos vender, permutar, ni en alguna otra manera, que dezir, ò penſar ſe pueda agenar; y ſi alguno hiziere lo contrario, ſea nulo lo que hiziere; y la ſuceſsion de las dichas mis Villas, Lugares, y bienes de mi Mayorazgo, paſſen en el ſiguiente en grado.*

20 Al Duque Don Martin, ſucediò ſu hijo primogenito Don Hernando de Gurrea y Aragon, que casò con Doña Juana Perneſtan, y huvieron en hija primogenita à Doña Maria Gurrea, y Aragon, Duqueſa de Villahermoſa; q̃ por muerte de ſu Padre litigò las Villas, y Lugares aprehendidas en eſte Proceſſo, con D. Franciſco de Gurrea, y Aragon ſu Tio, en virtud de los Vinculos de la Capitulacion Matrimonial de Doña Aldonça de Aragon, con Don Guillen de Caſtro y Pinòs, Vizconde de Ebol, y Don Franciſco pretendiò la ſuceſsion por el Teſtamento del Duque D. Martin

ſu

ſu Padre, y aſsimiſmo por dicha Capitulacion de ſu Tia Doña Aldonça, aunque deviera por ella governarſe la ſucceſsion en dichos Eſtados.

21 Ganò Don Franciſco en conformidad de Votos la manutenciõ en el juizio de lite pendente, *in hoc Proceſſu Domnæ Ioannæ dè Perneſtân ſuper Apprehenſione*, aviẽdo entendido tres de los Señores Miniſtros de la Real Audiencia, que la reſolucion del pleyto devia decidirſe por los Vinculos del Teſtamento del Duque Don Martin, que ſucediò con libertad en la herencia de ſu Padre el Conde Don Alonſo, por eſtàr contempladas per vulgarem ſubſtitutionem, & nõ per fideicommiſſariam & compendioſam, todas las lineas, que ſubſtituyò el Conde Don Alonſo, para el caſo de morir ſin hijos varones en la Capitulacion Matrimonial de ſu hija Doña Aldonça, y que en ellos, por la calidad de Maſculo, aunque de linea poſterior, tenia prelacion notoria D. Franciſco de Gurrea y Aragon. El quarto, preſuponiendo fideicomiſſarias dichas ſubſtituciones de la Capitulacion Matrimonial, decidiò en favor de D. Franciſco, por la calidad de Maſculo, preferida etiã in vlteriori gradu cũ excluſione fœminæ, etiam ſi ſit filia vltimi poſſeſſoris: Y el quinto ſe conformò con los quatro, *ex eiſdem motivis per eos omnes reſpectivè præſtitis*, vt patet ex motivis R. A. ritè perpenſis, quæ omnia latè, & doctè congerit D. D. Ludovicus Caſanate, *in conſ. 45. vſque ad* 57. pro dicto D. Franciſco de Gurrea.

22 Y aunque Don Franciſco perdiò en Valencia el Ducado de Villahermoſa, y lo ganò ſu Sobrina Doña Maria de Aragon, no ſe diſputò la calidad de los Vinculos del Teſtamento del Duque Don Martin, ſino la facultad de diſponer, pretendiendo Doña Maria eſtava vinculado en el Teſtamento de Don Alonſo de Aragon ſegundo, hijo de Don Alonſo primero, Maeſtre de Calatrava, y como heredera legitima de ſu Padre el Duqne Don Hernando, obtuvo ſentencia favorable de inmiſsion en poſſeſsion, *interim dum de proprietate agebatur*, ſegun parece *in deciſ. 209.* de el Regente Don Franciſco Leon.

Don

23 Don Francisco de Gurrea y Aragon, casò con Doña Luysa de Alagon y Luna, y huvo en hija vnica à Doña Luysa de Gurrea y Aragon; y Doña Maria, hija del Duque Don Hernando, casò con Don Carlos de Borja, Conde Ficallo, y huvo en hijo à Don Fernando de Gurrea y Aragon; y aviendose suscitado nuevo pleyto, por muerte de dicho Don Francisco de Gurrea y Aragon, entre dicha Doña Luysa su hija vnica, y Don Fernando Conde Ficallo, y Duque de Villahermosa su sobrino, è hijo de dicha Doña Maria de Gurrea y Aragon, se compuso con el matrimonio que contraxeron, y fueron repuestos en este Processo, en virtud de reciprocos consentimientos; y deste matrimonio naciò el Duque Don Carlos de Gurrea y Aragon; y por aver muerto en 13. de Agosto de 1692. sin dexar hijos, ni hallarse descendientes algunos legitimos de hijos, è hijas del Duque Don Martin, llegò el caso de la sucessión de los hijos, y descendientes de Doña Aldonça de Aragon, Vizcondesa de Ebol, segun la clausula de su Testamento.

24 Concurren en este Processo, pidiendo reposicion en las instancias ganadas por el Duque Don Francisco, la Señora Doña Elena de Gurrea y Aragon, Marquesa de Castro de Pinòs.

25 Y el Señor Don Antonio Juan de Gurrea, Aragon y Benabides, hijo de la Señora Marquesa.

26 La Señora Doña Josepha Francisca de Gurrea y Aragon, y su Marido el Señor Don Joseph de Gurrea y Aragon, olim de Vrries, Regente la Real Governacion de este Reyno.

27 Todos los Contendores son Descendientes de Doña Aldonça de Aragon, la qual del matrimonio, que contraxo con Don Guillen de Castro y Pinòs, Vizconde de Ebol, huvo en hija vnica à Doña Leonor de Castro, que casò con Don Francisco de Gurrea, y de este matrimonio nacieron Doña Leonor de Gurrea y Castro, y Don Francisco Luys de Gurrea, Padre de Don Alonso, que casò con Doña

Fran-

Francisca la Cabra, y huvo en hija mayor, y primogenita à dicha Doña Elena de Gurrea y Aragon, que contraxò matrimonio con Don Juan de Benabides, y de èl naciò dicho Don Antonio Juan de Gurrea Aragon y Benabides; y à Don Francisco Luys de Gurrea y Aragon, Regente que fue de la Real Governacion de este Reyno, que casò con Doña Josepha de Gurrea y Cerdan, y huvieron en hija vnica à Doña Josepha Francisca de Gurrea y Aragon.

28 Y aunque se ofrece à la vista la regla comun de linea, grado, sexo, y edad para examinar la prelacion de los Contendores en causas de Mayorazgo, *cap.* 1. *de nat. success. feudi.* Molin. *lib.* 3. *de Primog. cap.* 4. *nu.* 14. *vbi Addentes.* Ramon. *cons.* 100. *num.* 502. *ad fin.* Castill. *tom.* 5. *cap.* 93. *num.* 3. Suelv. *cons.* 95. *num.* 2. es superior, y primera la regla de la voluntad del Fundador, *ad text. in l. implurium, de adquir. hæred.* ibi: *Prius ab scriptis incipiatur, l. cum ita,* §. *in fideicomisso,* ibi: *Qui nominati sunt,* & in eodem §. *nisi testator ad vlteriores voluntatem suam extenderit, l.* 40. *Tauri,* ibi: *Salvo si otra cosa estuviere dispuesta por el Testador.* Mieres *de Maiorat. part.* 2. *in præfat. ad num.* 10. Castill. *de interpret. vltim. volunt. cap.* 93. *num.* 17. ibi: *Nec regulæ linearum, & gradum locum obtinent, quia specialis vocatio, & clara disponentis voluntas id excludit.*

29 Quando se manifiesta en la letra de la Escritura, *ad text. in l. in hijs, ff. de condit. & demonstrat.* ibi: *Ea verò quæ ex ipso testamento orientur necesse est secundum iuris scripti rationem expediri.* Iuncto Sarmiento *lib.* 1. *Selectarum, cap.* 8. *num.* 22. ibi: *Iuris scripti rationem,* hoc est, *scripturam testamenti, quæ ius scriptum dicitur;* Y assi dixo el Jurisconsulto *in l.* 1. §. *licèt* 20. *de exercit. act.* ibi: *Meliùs est verbis edicti servire;* porque las palabras: *Cordis, & voluntatis nuntia sunt, l. Labeo,* §. *idem Tubero, ff. de suplect. legat.* Fusar. *de subst. quæst.* 257. *num.* 21. Suelv. *cons.* 86. *num.* 8. Ramirez *de leg. Reg.* §. 28. *num.* 1. & 2. y contra ellas no se admite interpretacion en nuestro Reyno, *quia stamus cartæ,* ob-

observ.1.de equo vulnerat. D.Sesse *decis.421.num.3.*ibi: *In Aragonia vbi stamus cartæ reiecta est interpretatio.* Idem firmat. *in tract. de Inhibit.cap.2.§.3.n.62.* Portol. *verb.Forus num.62.* Suelv.*cons.22.semic.2.num.17.* por evitar la contingencia de la inobservancia de la voluntad, que peligra frequentemente, quando no se haze merito del sentido natural de lo escrito, como repara el Señor Cassanate *cons. 4. num.153.*ibi: *Ideò Aragonenses (vt Iudices causas ex scripto, non ex arbitrio, & coniecturis deciderent) voluerunt, literam vt scripta reperitur tenaciter observari, quibuscumque coniecturis, vel circunstantijs casuum particularium exclusis, si contra, vel præter litteram allegentur.*

30 Y los mismos efectos produce la voluntad, inferida, y congeturada de la letra del Testamento, y Escritura, *l.cum proponebatur, ff. de legat. 2. l.4. §. fin. ff. de lib. leg.* Suelves *cons.50. num.3.* ibi: *Quod ex verbis expressis sequitur.* Salced. *de repræsent.lib.2.cap.26.num.81.* ibi: *Quod ex expresis resultat.* Consonat D. Cassanat. *cons.15.n.51.* como no sean las congeturas restrictivas de la letra, vt ait D. Sesse *decis. 64. num. 27. & 254. à num. 3. & seqq.*

31 Con este presupuesto fundarèmos en las consideraciones siguientes: Que D. Antonio Juan de Gurrea Aragon y Benabides, tiene derecho claro, y notorio para ganar reposicion, por voluntad expressada en la letra, è inferida de congeturas literales de las clausulas del Testamento de el Duque D. Martin, que lo prefieren à dichas Señoras Doña Elena, y Doña Josepha de Gurrea: y responderèmos à los fundamentos que se ponderan para excluirla.

CONSIDERACION I.

32 EN la substitucion de los hijos, y descendientes de Doña Aldonça de Aragon, hermana de el Duque D. Martin, reconocen vniformemente sus llamamientos las partes litigantes, por concurrir en to-

das

das esta calidad, y se halla en ella contemplada la masculinidad en primero lugar, y con antelacion à la comun prerrogativa de la linea, alli: *Y faltando todos los sobredichos mis hijos, y hijas, y sus hijos, y hijas, y descendientes de ellos, y de ellas, sucedan sus hijos, y descendientes de mi hermana Doña Aldonça de Aragon, Vizcondesa de Ebol, yà difunta, por el mismo orden*; prefiriendo siempre los Masculos à las Hembras, *y faltando todos los sobredichos, &c.* D. Antonio Juan Benabides, es el Masculo mas proximo descendiente de Doña Aldonça de Aragon: Luego se incluye con llamamiento literal, y prelativo en esta clausula, respecto de las Señoras Doña Elena de Gurrea, Marquesa de Castro de Pinòs su madre, y la Señora Doña Josepha de Gurrea su prima.

33 Prueban la proposicion menor las palabras: *Prefiriendo siempre los Masculos à las Hembras*; porque su verdadero significado no puede contraherse, sin ofensa de la voluntad, y la letra, à la prelacion del Masculo, intra eandem lineam, segun pretende la otra parte; y deve juzgarse, que ha de preferir por dicha calidad, aunque sea de linea inferior, como en terminos resuelve Mario Muta *in decis. Siciliæ, decis. 57. num. 40. dum diserit de dictione semper*, alli: *Et sic per inde erat ac si testator ille dixisset, quod quibuscumque fæminis præferantur quicumque masculi quandocumque, perpetuo, in infinitum, omni casu, omni tempore, & absque ulla præfinitione temporis, & in omni casu considerabili, in quo alias non præferrentur, & consequentèr quicunque masculi inquocunque gradu fuerint præferendi veniebant, ne diceretur quod alioquin illa dictio semper inutilis, & superflua esset.*

34 Y decisivamente asienta esta proposició Cesar Carena *resolut. 129. num. 6.* ibi: *Cum tamen . . . Stante dictione SEMPER, seu alia perpetuitatem importante, prælatio intelligatur etiam de linea ad lineam, voluerit Castrens. apud Corn. cons. 263. colum. fin. volum. 1. Boer. decis. 158. Pereg. d. num. 2. ubi quod ita fuit iudicatum. Casanat. viden. cons. 47. num. 67. ubi Canonizat. dicta Peregrini, Pancirol. cons. 91. num. 20. Menoch.*

noch.cons.585.nu.16. & seq. Vbi quod stante clausula, Masculos fæminis præferendo, qualificat verbum Descendentes, & operatur, vt fæminas non comprehendat, & Cutel. qui alios cumulatissimè refert dict. decis. 29. num. 11. & seq. & decis. 28. num. 18. & ad legem Regni Siciliæ Pragmat. de proditor. & rebelib. ex legibus Regis Martini, notat. 53. num. 19. & seq.

36 Y aunque sea disputable la prelacion del Masculo, no obstante las palabras: *Prefiriendo el Masculo à la Hembra*, en los llamamientos singulares de persona cierta, y su linea, no puede considerarse duda, ni disputa en el caso presente.

37 Lo primero, porque en dicha clausula estàn contemplados todos los hijos, y descendientes de Doña Aldonça de Aragon, *collectivè, & per modum vnius*, & non discretivê, & singularitèr; y en estos terminos, la diccion SEMPER, excluye à la hembra indistintamente en concurso del Masculo, comprehendido en el llamamamiẽto general, y colectivo *de Descendientes*. Rosa *consultat. 69. num. 64.* ibi: *Imò idem erit vbi, licèt ab initio plures sint vocati ad fideicommissum, attamen eorum descendentes sunt postea, non discretivè, sed collectivè vocati, & inter eos masculorum prælatio ordinata; tunc enim omnis illa descendentia videtur à testatore considerata per modum vnius, quasi testator in omnibus illis descendentibus, duas cõstituerit lineas quoad qualitatem, vnam masculorum, alteram fæminarum, licèt in substantia plures sint lineæ iuxta cõsilium Baldi 334. lib. 3. ab omnibus aprobatum, id enim quod in casu, text. in cap. 1. de eo qui sibi, & hæred. suis, & in cap. 1. de duob. fratr. facit intentio recipientis feudum (qui si vnus sit descendẽtes suos vnitim considerat, si vero plures, vnusquisque suis descendentibus, separatim prospicere censetur, vt ait text. in dict. cap. 1. de duob. fratrib.) in nostra specie facit voluntas testatoris qui semper vnus est ideoque nihil refert, si vnum ab initio, vel plures vocet, cum vocatorum intentio in hoc nihil operetur, sed ipsius testatoris vocantis; ac proinde etsi plures ab innitio vocet, si tamen eorum descendentes collectivè, & per modum vnius consideret, adhuc idem erit ac si vnum solum eiusque descendentiam vocaßet, & habebit inter eos locum reciproca de li-*

nea ad lineam, & prælatio maſculorum ordinata, omnes lineas equalitèr, & vnitim complectetur, ita vt maſculus vnius lineæ excludat fæminam alterius, vt in hijs terminis plurium vocatorum locuntur Leonius, Riminaldus, Simon de Pretis, & plerique ex alijs ſupra allegatis; præſertim vero Cavalcan. d. deciſ. 18. *qui num.* 77. *& ſeq. latè iſta explicat. ideoque probant Caſtill. deciſ. Siciliæ* 153. *num.* 51. Conſonat Ceſar Caren. *reſol.* 128. *num.* 14.

38 Lo ſegundo; porque la limitació de la diccion *Semper*, contrayendola al caſo de concurrir en la miſma linea Varon, y Hembra, tiene fundamento en las leyes de Mayorazgos, eſtablecidas en los Reynos de Caſtilla, en los quales por via de Regla tienen prelacion los deſcendientes de la linea efectiva; pero en Aragon, no teniendo eſpecial ley que aſsiente Regla para los Mayorazgos, ſe regulan por las palabras de la Eſcritura, ex Molin. Portol. Suelves, y Seſſe, referidos por Don Ioſeph de Roſa *d. conſult.* 69. *num.* 124. & 175. alli: *In Aragonia cum non adſint maioratus, niſi illi quos lex teſtamenti, vel donationis voluntarie conſtituit, vt ſupra num.* 124. *cum Molin. Portoles, Suelves, Seße, alijſque dicebamus ceſſat propterea in Aragonia ille favor quem tribuit lex lineæ primogeniti, vt prius ſit illa evacuanda, vt eſt in Regnis Caſtellæ in quibus vigent leges Tauri, & aliæ quæ maioratus inducunt, & tantam vim tribuunt lineæ primogeniti, vel poſſeſſoris, vt niſi illa evacuata alij admiti non poſsint quod in Regno Aragoniæ locum habere non videtur, cũ leges illæ in Aragonia locum non habeant, ſed ſola voluntas eius qui maioratum inſtituit; ideòque ex ſola voluntate inſtitutoris maioratus regulandus eſt non autem ex legum Caſtellæ obſervantia.*

39 Y ſiendo conſtantes tres propoſiciones en eſte Reyno: Que no ſe admite interpretacion reſtrictiva de la comprehenſion de las palabras, ex D. Seſſe *vbi ſupra num.* 30. Portol. *verb. Fori Aragonum* 59. Suelv. *conſ.* 2. *nu.* 16. Que devemos obſervar con propriedad, y rigor el proprio ſignificado, ſegun el comun vſo, y ſentido natural que les correſponde, *quia periculoſum eſt mentem ſectari contra verba cla-*

ra, & aperta, maximè in Aragonià vbi stamus cartæ, & Iudex secundum eam, & quod in ea scriptum est iudicare debeat, ex Calixt. Ramir. de leg. Reg. §. 33. num. 11. Que no se admiten llamamientos tacitos, ni condiciones implicitas, sino las explica, y declara el Testador, ex Portol. verb. Forus, num. 45. no puede hazerse lugar la interpretacion que estrecha la comprehension general de la diccion *Semper*, ad text. in l. 1. ff. pro socio, §. serv. inst. de liber. l. 1. §. item flumine, ff. de flumin. Alex. cons. 60. num. vlt. è introduce contra la letra, la condicion *de faltar Hembras en la linea del Primogenito, ò vltimo Posseedor*, para el llamamiento del varon de linea inferior, à quien prefiere general, y absolutamente el Duque D. Martin en esta clausula, ex adductis à *Curiæ Dom. Iust. Arag. in Motivis Causæ de Siguès*, alli: *Nã cũ hæc discretiva vocatio fiat per interpretatio nõ, & tacitum intellectum mentis disponentis, cum alias verba apta ad comprehendendũ masculos ex masculis, & masculos ex fœminis restringat ad solam comprehẽsionem masculorum ex masculis, in Regno sane procedere non potest, & vbi literam claram, & cartam expressam habemus non est quod ad extraneas interpretationes, & coniecturas recurramus*, & latè prosequitur D. Casanate *cons. 43. à num. 1.*

40 Y en comprobacion de estos discursos, fundados en la general providencia, que para todos los casos comprehende la diccion *Siempre*, son notables las palabras de Don Alonso Perez de Lara *in compendio vit. homin. cap. 30. n. 120.* ibi: *Et cum sint, & descendentes masculi, nõ est temere recedendũ à proprietate, & significatione verbi per phantasias, & chimeras aliquorum Doctorum. Consentiunt D. Seß. decis. 254. Alciat. cõs. 15. n. 2. lib. 8.*

CONSIDERACION II.

41 AVnque la diccion *Semper*, simplicitèr proferida por el Testator no sea bastante, segun dictamen de algunos Autores, y singularmente Tesauro *quæst. forens. lib. 2. quæst. 12.* para la prelacion de el Masculo de linea inferior à la hija del Primogenito, y Posseedor del Mayorazgo, quando concurre repetida en va-

rias

rias clausulas la prelacion de los masculos, induce perpetua exclusion de las hẽbras, y llamamiento prelativo, y literal del Masculo *inqualibet linea.* Torre *de maiorat. Ital. part.* 1. *cap.*25. §.8. *num.* 101. *& seqq.* alli: *Si vero patest desumi ex verbis, & clausulis insertis quod dictio,* Semper, *importet, & referatur, ne dum ad tempus; sed ad casus omnes, tunc proculdubio est apta ad excludendum fœminas, etiam per masculos remotioris gradus.* Cita à Rosa, Peregrino, y al Señor Casanate *cons.* 53. *per tot.* Y advierte: *Quod quæstio est decidenda iuxta casus contingentes, & formulas magis, & minus expresivas;* aunque reconoce, que esta diccion por su naturaleza, y propria significaciõ, *refertur ad omne tẽpus, & ad omnes casus,* ex glos. *in l.* 1. *ff. solut. matrim. verbo* Semper. Luc. *de lin. legal art.* 12. *num.* 27. Castill. *de interp. vlt. vol. lib.* 2. *cap.* 22. *nu.* 90. Y concluye, que hallandose repetida, *non dubitatur quin masculus etiam remotior præferatur.* Caren. *dict. resolut.* 129. *n.*6. el qual responde à Tesauro con esta distincion.

42 En la misma proposicion conviene Graciano *dicep. forens. cap.* 621. *nu.* 16. alli: *Maximè quia semper testator prius nominavit masculos, & post eorum obitum fæminas, ita vt ex ista priori nominatione demonstretur ordo maioris charitatis, & affectionis.* Cita Autores, y prosigue: *Et sequitur quod talis prælatio sit intelligenda in omni casu, & in omni tempore ob illã dictionem* Semper, *quæ de sui natura denotat diversitatem temporum, & casuum, ac continuam, & equalem dispositionem in omnibus, & in omni casu, & tempore in perpetuum servandam,* ex Decian. Paris. y otros.

43 Y es magistral la decision 54. de Don Juan Bautista Larrea *à num.* 10. aviendo assentado la regla por la exclusion de la masculinidad, dize: *Id tamẽ ab eis limitatur quoties geminatè repetierit testator qualitatem masculinitatis in reliquis substitutionibus, quia tunc magis perspiqua, & enixa redditur voluntas disponentis, l. Valista* 32. *ff. ad Senat. Consult. Trebel. l. cum pater,* §. *filius in fin. de legat.* 2. *Barbos. in l. quæ dotis, num.* 96. *ff. solut. matrim. & in terminis hoc casu censeri repetitam masculinitatis qualitatem post Parisium, Riminaldũ,* Sur-

Surdum, & alios. Castillo dict. cap.4. num. 83. aut quoties ex coniecturis animus, & voluntas disponentis desumitur. Molin. d. cap.5. num.58. Mantic. d. tit. 13. num. 11. & generalitèr à verosimili mente Testatoris qualitatis induci repetitionem, tradit Bald. in l. totius 9. in fin. C. de oper. libert. & lib.5. cõsil.153. num. 2. & 3. Velasc. consil. 15. num. 40. Menoch. cons.17. num.6. D.Castill. d.cap.4. num.137. præsertim quoties qualitas, & substitutio in eadem oratione continetur, tunc quidem repetita censebitur. Bart. in l. in repetendis, ff. de legat.3. & in l. Prætor, §. vltim. ff. de vi bon. raptor, &c.

44 Y la Real Audiencia *in Proceßu Regitorum Hospitalis super Apprehensione*, de las Baronias de Cavañas, Figaruelas, y Azuer, calificò por la repeticion de Masculos la prelacion contra las hembras, *etiam si non sint intra eandem lineam, & sit filia vltimi possessoris*, alli: *Nec quicquam relevat, præfatam agnationem solum considerandam fore respectu prælationis intra eandem lineam, & gradũ, minimè vero extendẽdam cõtra filiam vltimi posseßoris in concursu masculi agnati alterius lineæ colateralis: quia respondetur, quod ex omnibus coniecturis superius relatis clare liquet testatorem voluisse semper conservare bona per masculos agnatos, & non per fæminas, vt aperte ostenditur per exclusionem filiarum; & ex tot repetitis vocationibus masculorum superius mentionatis, incluso Don Garcerando agnato colaterali: in quibus terminis concurrentibus omnibus supradictis coniecturis, communitèr Doctores testantur habitam, & consideratam rationem agnationis reperiri, & fæminas propter masculos remotiores, in perpetuum exclusas eße, quod secuti fuerunt aliqui ex consulentibus, qui in favorem Don Ioannis secundi sua responsa præstiterunt: & etiam eam illustravit, tàm motivum Curiæ Iustitiæ Aragonum in prima instantia, quã huius Regiæ Audientiæ in recurso appellationis præstitum.*

45 Y que el Duque Don Martin contemplò repetidamente en los llamamientos, y substituciones la calidad de *Masculo*, con prelacion à las hembras, sin hazer merito de la linea del primogenito, y vltimo posseedor, se descubre claramente, leyendo con reflexion las clausulas de la Insti-

ti-

titucion, y substituciones anteriores, y posteriores al llamamiento de los hijos, y descendientes de Doña Aldonça de Aragon, como dezia el Doctor Juan Christoval de Suelves *cons. 5. num. 85. semicent. 2.* alli: *Non sunt expendendæ Doctorum doctrinæ, sed legenda substitutionum contextura, & ratio naturalis, ac bonus discursus attendendus*; porque como dixo Arumeo Frisio con varia ilustracion *lib. 2. decis. 11. num. 63. Non est disputandum quoties verba clara sunt cum huiusmodi disputationes Advocatorum magis ad subversionem, quam ad inventionem veritatis proficiant*, ex Divo Bernard. *lib. 1. de consideratione ad Eugenium.*

46 En la primera clausula de la Institucion de D. Hernando de Aragon, solamente tienen llamamiento sus hijos, y descendientes Masculos perpetuamente, alli: *Quiero suceda el dicho Don Hernando de Gurrea y Aragon mi hijo, y sus hijos, y descendientes Masculos legitimos perpetuamente.* De manera, que aviendo descendiente Masculo de Dicho Don Hernando, no puede deferirse este Mayorazgo à las hijas de èl, ni de sus descendientes. Molin. *de primog. lib. 3. cap. 5. nu.* 29. ibi: *Quia perpetuo iure maioratus bona masculis possidenda reliquit, vbi Addentes ad Molin. vers. Secunda vero sententia*; y las prefiere el Masculo de qualquiere linea.

47 Y se convence por estar substituìdo Don Martin el hijo segundo, faltando la descendencia de Masculos de su hermano Don Hernando, vt patet in clausula adducta, n. 5. alli: *Y faltando la descendencia de Masclos del dicho mi hijo Don Hernando, suceda en las dichas mis Villas, y Lugares Don Martin de Aragon mi hijo, sus hijos, y descendientes Masclos perpetuamente.*

48 Y repetida la substitucion de Don Francisco su hijo tercero, baxo la condicion de faltar la descendencia legitima de Masculos de su hermano Don Martin, alli: *Y faltando la descendencia legitima de Masclos de mi hijo D. Martin, suceda Don Francisco mi hijo, sus hijos, y descendientes Masclos*, y todas las substituciones de los hijos, qualificadas, è informadas con la diccion: *Perpetuamente*, la qual convence ex-

exclusion absoluta de hembras, entretanto que huviere Masculo descendiente de qualquiere de los tres hijos. Gracian. *discept. forens. cap.621.* ibi: *Additur quod testatrix vocavit Masculos primogenitos, & in defectum illorum secundogenitos semper in ordine successivo, antequam filiæ possint succedere, quibus filiabus cum fuerint semper prælati primogeniti, & secundo geniti, sequitur quod talis prælatio sit intelligenda in omni casu, & omni tempore ob illam dictionem SEMPER: & ita in terminis hanc coniecturam pro masculis ad exclusionem fœminarum, etiam proximiorum ob dictionem SEMPER admittit.* Casanat. *cons. 47. num. 122. usque ad num. 130. lib. 1.* Pereg. *cons. 44. col. ult. vers. Ad quintum respondeo, n. 28. ad med. lib. 1. & de fideicommiss. art. 27. num. 2. fol. 251.* Pancirol. *cons. 91. num. 20.*

49 Y se comprueba con las palabras condicionales para el ingresso de la linea del hijo segundo, y tercero, y sucessivamente para la substitucion de Doña Ana, y Doña Juliana, hijas del dicho Duque Don Martin, porque todas ellas se contrahen: *A faltar la descendencia de Masculos*, y arguyẽ llamamiento unico, y prelativo de los varones, que se hallaren al tiempo de la vacante, y delacion del Mayorazgo, con evidente exclusion de las hembras, que entonces concurrieren, porque la calidad de la condicion haze congetura legal, y declarativa de la calidad, y naturaleza de la institucion, ò substitucion antecedente. D. Casanat. *cons. 29. n. 59. & seqq.* Don Juan del Castill. *lib. 5. controv. cap. 92. nu. 59.* D. Joseph Vela *disert. 49. à n. 63.* Suelv. *cons. 43. n. 55. & seqq. semic. 1.*

50 Y se convence con el llamamiento discretivo, que se halla de las hijas de Don Hernando, Don Martin, y Don Francisco, en la clausula copiada num. 9. *Faltando la descendencia legitima de Masculos de Don Hernando, Don Martin, Don Francisco, Doña Ana, y Doña Iuliana de Aragon*, hijos del dicho Duque Don Martin, porque presupone contemplados todos los Masculos, descendientes de sus tres hijos, è hijas, antes que pueda suceder hembra alguna, aũque sea hija

del

del vltimo posseedor indistintamente. D. Episc. Valenç. *cons.* 113. *num.* 47. alli: *Et facit text. in cap.* 1. *de eo qui sibi, & hered. suis in vsibus feudor. Vbi decisum est, quod si aliquis fuit investitus de feudo pro se, & filijs Masculis, & his deficientibus, fæminis, fæmina quantumcumque proximior eius, qui sine filijs masculis decessit, repelitur per masculum, etiam remotiorem, descendentem ex illo qui primo de feudo fuit investitus, & assignat textus rationem admirabilem dicens: Non enim patet locus fæminæ in feudi successione, donec masculus superest ex eo, qui primo de feudo investitus fuit, &c. De fortiori itaque in nostro casu debet dici ex textu illo; quod DD. Ramirus debet excludere dictam D. Mariam, & eius filium, tanquam masculus ex masculo procedens, quo existente est præclusa via fæminæ, & eius descendenti.*

51 Consonat motivum Curiæ D. Iustitiæ Aragonum *in causa de Siguès*, alli: *Argumentum autem ita procederet, instituo Titium, & eius filios, & descendentes, si in alia parte filias eiusdem Titij invitaverit, clarum est primo casu de filijs masculis tantum testatorem intellexisse, quia datur discretiva vocatio filiarum eiusdem Titij, & in hijs terminis Doctores omnes locuntur, qui de discretiva vocatione tractarunt, sic etiam in proposito contingit*, ex Magistrali doctrina Bart. & aliorum tenet D. Ludovic. Molin. *lib.* 3. *cap.* 5. *num.* 30. *vbi Addent.* D. Ermenegild. de Rojas *de incompat. part.* 5. *cap.* 1. *nu.* 21. D. Cardin. de Luc. *in Theatr. veritat. ad tit. de fideicommis. tom.* 10. *disc.* 15. *num.* 3. Suelv. *cons.* 43. *num.* 55. *& seqq.* D. Sesse *decis.* 254. *num.* 79. D. Juan Vela *disert.* 49. *num.* 63.

52 Y en la misma clausula de la Institucion de heredero de Don Hernando, hijo primogenito, observamos la prelacion de los Masculos, en tanto grado, q̃ segun el tenor de dicha clausula, y la contextura de las substituciones siguientes, aviendose en ella formado vn Mayorazgo electivo, con facultad comunicada, y transcendental à qualquiere posseedor, se contraxo el llamamiento pasivo à los Masculos; y no se permitiò, ni concediò en favor de las hembras, alli: *Y pueda eligir, y nombrar el sucessor de las dichas mis Villas, y* *Lu-*

Lugares, vno de sus hijos, el que mas querrà; y si no le nombrare, y eligiere, aya de suceder, y suceda el hijo mayor Masclo del dicho mi hijo, y heredero; la qual facultad quiero que tenga qualquiere de los sucessores en dichas mis Villas, y Lugares, y otros bienes de mi Mayorazgo. Y son dignas de especial nota las palabras siguientes, en las quales haze regla para suceder à favor del Masculo de qualquiere linea con omnimoda prelacion de las hẽbras, alli: *Y sino vsare de ella, que suceda el hijo mayor Masclo de qualquiere de los descendientes Masclos de dicho mi hijo.*

53 Pues aunq̃ materialmente no se lea limitada la facultad del posseedor à elegir varones; y en terminos regulares se entendiera podia elegir hembras, *ex l. vnũ ex familia, §. si falcidia*, ibi: *Eodem vel dispari gradu, ff. de legat. 2. l. cum pater, §. rogo, ff. de legat. 2.* ibi: *Destribuens liberis tuis, vt quisque de te mueruerit*, & vlterius: *Eos autem quos mater elegerit fore potiores, l. cum quidam, ff. eodem tit. l. fœminæ, C. de secund. nupt.* Molin. *de primog. lib. 2. cap. 4. num. 5. & seqq.* Paz *de tenut. c. 59. per tot.* la letra de la institucion de herederos, no permite disponer en ellas en caso alguno, por estàr nombrados sucessores los hijos, y descendientes Masculos en el principio de la clausula alli: *Sucedan el dicho Don Hernando mi hijo, y sus hijos, y descendientes Masculos legitimos perpetuamente*, y contrahido à hijos varones el derecho de ser nombrados, y elegidos, alli: *Con esto que aya de elegir vno de sus hijos, el que mas querrà*, ad text. *in l. cum Pater 77. §. hæreditatem 4. de legat. 2.* ibi: *Cum de aliis eligendi potestas non fuerit.* Peralta *in l. vnum ex familia, §. sed si fundum, ff. de legat. 2.* D.R. Sesse *decis. 55. num. 12. & decis. 254. num. 32. & decis. 380. num. 1.* y con singular providencia dispuso para el caso de no vsar de dicha facultad el vltimo posseedor, *suceda el hijo mayor Masclo, de qualquiera de los descendientes Masclos del dicho mi hijo*; con lo qual explica, y declara la exclusion absoluta de las hembras, aunque sean hijas del vltimo sucessor, concurriendo Masculo de qualquiere de los descendientes de dichos tres hijos, *nulla linearum habita distinctione, ad text. in l. cum Prætor, ff. de Iudic.* Fussar. *de subst.*

quæst. 311. *num.* 2. Molin. *de primog. lib.* 3. *cap.* 5. *num.* 30. & 31. ex text. *in l.* 1. *C. de adulter.* ibi: *Quæ cum Maſculis iure mariti facultatem acuſandi detuliſſet, non idem fæminis privilegium detulit.*

54 Y en la clauſula del num. 7. ſe halla otra conjetura literal, y evidente contra la hembra, aunque ſea hija del vltimo Poſſeedor, y en favor del Maſculo de linea inferior; porque *faltando la deſcendencia de Maſculos de Don Franciſco de Aragon*, eſtà llamada *Doña Ana de Aragon ſu hermana*, è hija del Duque Don Martin; y en falta de ella, Doña Juliana de Aragon ſu hermana, aunque temporalmente mientras viviessen; y muerta Doña Juliana, diſpone: *Sucedan los hijos, y deſcendientes Maſclos de la dicha Doña Ana de Aragon.* Y conſiguientemente la hija del Duque Don Franciſco, ſegun eſta clauſula, quedò excluìda por ſus tias Doña Ana, y Doña Juliana, ſubſtituìdas en el caſo de morir el Duque Don Franciſco de Aragon *ſin hijos Maſclos*, ex Molin. *de primog. lib.* 1. *cap.* 13. *num.* 36. & 37. & *lib.* 3. *cap.* 10. *ex num.* 3. 8. & 38. *cum ſeqq.* Iunctis traditis per Menoch. *conſ.* 413. & 830. *maximè nu.* 10. 17. & *ſeqq.* & *conſ.* 957. *num.* 31. D. Seſſe *deciſ.* 254. *in gloſſ. ad motiva num.* 15. & *alibi ſæpè.*

55 Y aſsi miſmo el hijo Maſculo de Doña Ana, aunque contemplada en quarto lugar, devia ſuceder, ſegun dicha clauſula, à ſu madre, y continuar la excluſion contra la hija del Duque Don Franciſco; porque en falta de Doña Juliana, no tienen llamamiento las hijas de dicho Don Franciſco, ſino los hijos, y deſcendientes Maſculos de Doña Ana, alli: *Y en falta de ella* (Doña Juliana) *ſucedan los hijos, y deſcendientes Maſclos legitimos de la dicha Doña Ana de Aragon mi hija.*

56 Y eſta miſma prelacion de los Maſculos, reſpecto de las hembras de linea ſuperior, ſe halla calificada en las ſubſtituciones de dichas dos hermanas Doña Ana, y Doña Juliana de Aragon; pues aunque cada vna de ellas eſtà llamada perſonalmente, faltando Doña Iuliana, devian ſuceder

los

los hijos Masculos de Doña Ana, como hija mayor; pero muriendo Doña Ana *sin hijos varones*, aunque muriesse con hijas, no suceden estas à su madre, sin embargo de la prelacion de su linea, sino los Masculos hijos de Doña Juliana, aunque de linea inferior, como resulta de la clausula de el num. 8. alli: *Y faltando la descendencia legitima de Masclos de la dicha Doña Ana de Aragon mi hija, sucedan los hijos, y descendientes Masclos de la dicha Doña Iuliana de Aragon mi hija, con las condiciones, y facultades arriba dichas.*

57 En la clausula, copiada num. 9. estàn llamadas, y cõtempladas las hijas de Doña Ana, y Doña Juliana, alli: *Y faltando todos los sobredichos, sucedan las hijas, y descendientes de ellas*, y las hijas de Don Hernando, Don Martin, y Dõ Francisco, alli: *Y de los dichos mis hijos, y descendientes de ellos; y* en este llamamiento previene, *sucedan por el mismo orden, y forma, que de parte de arriba està dicho en los hijos, y descendientes Masculos*, dando prelacion à la hija del Primogenito, respecto de la hija del segundo, y de los otros hijos, alli: *Prefiriendo la hija del primero llamado à la del segundo, y assi de los otros sucessivamente.* Y prosigue: *Prefiriendo el Masculo à la hembra, concurriendo en vn mismo grado, y con las mismas condiciones, y facultades arriba dichas, las quales quiero aver aqui, y he por repetidas, y expressadas en cada vno de los dichos mis hijos, y hijas, y de sus hijos, y descendientes, respectivè.*

58 Y en este llamamiento de las hijas de dichos cinco hijos, y de las hijas de los descendientes varones de ellos, devemos reconocer la prelacion de los Masculos, como en los antecedentes, por las palabras relativas: *Por el mismo orden, y forma, que de parte de arriba està dicho en los hijos, y descendientes Masculos*: que hazen regla vniforme con la substitucion de los Masculos descendientes de dichos hijos, los quales prefieren, como hemos fundado, à las hijas de dichos hijos, aunque sean de linea inferior, y las hembras, hijas de el Posseedor del Mayorazgo, *l. hæres meus*, §. *vxori*, *ff. de leg.* 3. ibi: *Proculus ad omnia.* Molin. *de Hispan. primog. lib.* 3. *cap.* 7. *num.* 11.

59 Y aunque las palabras subsiguientes: *Prefiriendo el Masculo à la hembra, concurriendo en vn mismo grado*, limiten la prelacion de los Masculos à la proximidad igual de el parentesco, respecto de los descendientes de las hijas de dichos cinco hijos del Duque Don Martin, y se entendiesse, que deviamos hazer merito de ellas para este pleyto (que no se deve, como fundarèmos) declaran, que no atẽdiò el Tessador à la linea, sino al parentesco, y que el mas proximo pariente ha de suceder; y supuesta la igualdad, preferir el varon à la hembra. Fontan. *decis.* 35. *nu.* 20. ibi: *Et denique, vt & alium obicem tolleret, qui oriebatur ex vltima clausula donationis, in qua donator in casu, qui succeßerat, vocabat proximiorem senioris de Anglesola, quando enim vocabatur proximior, non attenditur lineæ, sed qui proximior, tunc reperitur inquacũque linea sit admittitur.* Pereg. *in cons.* 1. *num.* 2. *& in fin. cõs. lib.* 2. Lanar. *cons.* 1. *num.* 35. *& in fin.* Amat. *resol.* 1. *n.* 37. Peña *decis.* 673. *num.* 2.

60 Ademàs, que en las palabras inmediatas: *Y con las mismas condiciones, y facultades arriba dichas, las quales quiero aqui aver, y he por repetidas, y expreßadas, en cada vno de los dichos mis hijos, y hijas, y de sus hijos, y descendientes respectivè*, parece se aparta el Testador de la limitacion que dispuso à favor del Masculo, contrayendola *al caso de concurrir en vn mismo grado con la hembra*; porque queriendo tener por repetidas en los descendientes de las hijas de sus hijos, las mismas condiciones expressadas en cada vno de los hijos, è hijas del dicho Testador; no siendo dudable, que los Masculos descendientes de sus tres hijos varones, y de sus dos hijas Doña Ana, y Doña Juliana tienen prelacion absoluta, y general, aunque sean mas remotos en grado que las hembras, hijas de dichos cinco hijos; y que assi mismo no pueden eligir hembras aviendo varones, resulta, al parecer, que reduxo la prelacion de los Masculos al estado, y terminos de omnimoda prelacion en que los dexava constituìdos en la institucion de heredero de Don Hernando el hijo primogenito, y en las quatro substituciones de Don Martin, Don Francis-

co

co,Doña Ana,y Doña Juliana,y ſus deſcendientes varones, ò que en el caſo particular de la ſubſtitucion de las nietas de dicho Teſtador , y ſus deſcendientes varones , y hembras, aunque ſe hagan lugar las condiciones de *llevar Nombre* , *y Armas, ſuceder uno ſolo con prohibicion de agenar*, *y facultad de elegir* , no eligiendo, ſuceda el Maſculo mas proximo , ò igual en parenteſco con la hembra deſcendiente de dichas hijas,ſin atencion à la calidad de la linea, por evitar la contradiccion, *ad text. in cap. inter dilectos*, §.*cæterum de fid.inſtrum.* D. Caſanat. *conſ.* 10. *num.* 97.

61 Y conſiguientemente inferimos, que ſiendo providencia eſpecial en eſte caſo no puede hazer argumento , para la inteligencia de los llamamientos anteriores,y poſteriores claros,y expreſſos,à favor de la prelacion abſoluta de los Maſculos, ex text. *in l. quæ in relationibus* 2. *C. de legib.* ibi: *Leges faciunt hijs dumtaxat negotijs atquè perſonis, pro quibus fuerunt promulgatæ*; Gonçal. *in comm. ad cap. cauſam* 18. *n.* 7. Fer. *in commen. ad ſubſt. de reſcrip. quæſt.* 2. *nu.* 2. Moez. *in cap. licèt* 1. *de conſtit. in* 6. *n.* 6. & 7.

62 Y corrobora eſte diſcurſo la clauſula ſiguiente, copiada en el num. 10. que contiene llamamiento de todos los Contendores en eſte Proceſſo,por la calidad de deſcendientes de Doña Aldonça de Aragon, Vizcondeſa de Ebol,en la qual omite la eſpecialidad *de igualdad de grado* para la prelacion del Maſculo, y la diſpone abſoluta: *Prefiriendo ſiempre los Maſculos à las hembras* ; con que ſe haze evidente , que reſpecto de los deſcendientes de Doña Aldonça,no quiſo el Teſtador contraherla , baxo la condicion *de concurrir en un miſmo grado* , ſino dexarla abſoluta, y perpetua , aunque el Maſculo ſe halle en grado mas remoto , y deſcendiente de linea inferior.

63 Y ſe confirma con la clauſula copiada en el nu. 14. donde deſpues de aver diſpueſto los llamamientos de ſus quatro hermanas Doña Aldonça, Doña Maria, Doña Iſabel, y Doña Franciſca de Aragon,y ſus deſcendientes, dize: *Y en cada una de las ſobredichas reſpectivè,quiero aver por repeti-*

do

do todo lo que arriba està dicho en el dicho Don Hernando de Aragon mi hijo, y heredero; y como respecto de èl se halle dispuesta, que sucedan todos sus hijos varones antes que sus hijas, siendo especifica la relacion à esta providencia, y correspectiva à los descendientes de dicha Doña Aldonça, y sus hermanas, devẽ preceder los varones descendientes de ellas à sus hijas, y hembras, descendientes de dichas hermanas, segun lo declara tambien el mismo Testador en la clausula diez y ocho, en la qual para mayor declaracion expressa: *Que siempre ayan de preferir los Masclos à las Hembras.*

64 Y en conclusion de estos discursos, y voluntad de el Duque Don Martin, expressada en tan repetidas clausulas en favor de la prelacion de los Masculos, parece indubitado el derecho de Don Antonio Juan de Gurrea Aragon y Benabides, por la calidad de varon, contemplada perpetuamente con la diccion SEMPER, segun dixo Beccio *cons. vltim. lib.* 2. *à num.* 73. concluyendo en iguales terminos, ibi: *Et prædicta procedunt fortius cum non agatur de novo fideicommisso inducendo, sed de iam inducto propagando, & agatur de dispositione viri illustris, & de Castris, & fortalitijs maiorum cum magnis bonis, vt debeat Senatus enixam mentem tanti viri pro perpetua conservatione eius bonorum in descendentibus masculis fovere, & benigna interpretatione si opus foret iuvare.*

CONSIDERACION III.

65 QVando la prelacion de los Masculos es absoluta, y general, no contrahida con especialidad à los llamamientos singulares para el Mayorazgo, haze regla à favor del Masculo de qualquiere linea. Molin. *de Hispan. primog. lib.* 3. *cap.* 5. *num.* 62. alli: *Tertio prædicta secunda opinio non procedit quando qualitas masculinitatis per viam regulæ generalis in maioratu apposita est, veluti cum maioratus institutor dixit volo quod semper in hoc maioratu masculi, & non fæminæ succedant, tunc namque verbum filius postea adiectum de masculis intelligendum erit.* D. Iosephus de Rosa *consult.* 69. *num.* 181. ibi: *Quia tamen illam adiecit per viam regulæ generalis semper, & in quocumque* ca-

casu induci regulam generalem.·. & repetita censebitur in subse-quentibus substitutionibus,ex Giurba,Castill. Pereg.y otros.

66 Y aunque el Testador no excluya expressamente à las hembras,si haze llamamiento,*per viam regulæ*,de los Masculos, no tienen derecho à la sucession, concurriendo varõ de qualquiere linea. Molin. *vbi proximè, nu.*30. alli: *Tertia conclusio sit quod etiam cessante agnationis ratione maioratus instititutor ex sola Masculorum vocatione ex natura , ac proprietate huius verbi, masculus, fæminas excludere censendus sit, ad positionem namque masculorum sequitur exclusio fæminarum*. Y en el nu.37.advierte ser esta la opinion comun, ibi: *Sed quamvis hæc omnia probabilia esse videantur, numquam tamen in forensibus controversis admiti solent.Immo eo ipso,quod maioratus institutor masculos ad primogenij successionem invitaverit , censetur fæminas propter masculos remotiores excludere voluisse, idque ex verosimili voluntate, quæ ex verbo masculis elicitur, non enim ad aliud verosimilitèr hoc verbum masculis ad dici potuit quam ad fæminarum exclusionem.*

67 Y los Addicionadores ad Molin. *d. lib.* 3. *cap.* 5. *num.*38. comprueban esta conclusion en el llamamiento general de los Masculos,aunque las hembras estên contempladas;y aumentan en el versiculo *Secunda conclusio*, que procede la omnimoda prelaciõ de los Masculos, quãdo las hẽbras tienen suspendido su llamamiento,*donec Masculi extent*,que corresponde à la clausula: *Prefiriendo siempre el Masculo à la hẽbra*,pues entrambas condiciones pueden entender se,*donec extent intra eandem lineam*, y lo fundan en la disposiciõ prelativa de los Masculos, *per viam regulæ* , que excluye à las hembras, *in omni, & quocunque casu*, ibi: *Secunda conclusio est, quando fæminarum exclusio ita concipitur, donec masculi extarent, hoc enim casu vita masculorum facit interim dormire, sed non expiare legitimam successionem fæminarum , vnde amoto impedimento per masculorum obitum, ipsamet impedimenti amotio retrofingit impedimentum non fuisse. Bald.cons.*426.*nu.* 3. *&* 4. *vol.* 3. *Petr. Ancharr.cons.*339.*num.*8. *& cons.*220. *num.*2.*Fab. de Anan. cons.*53. *lib.*1. *num.*38. *&* 39. *Iacob. Me-*

Menoch. conf.105. num.78. & 79. vol. 1. Gail. pract. obser-vat. tit. de feud. quæst.36. p.1. Henrric. Rosent. eodem tract. tom.1. cap.7. concluf.45. num.15. cum feqq. & ibi lit. R. fol. nobis 531. Alvar. tract. de coniect. ment. defunct. lib.2. cap.3. §.4. num.26. Gregor. Lopez in l.3. gloff.2. quæft.23. tit. 13. part.3. Confonat Rojas *de incompat. p.5. cap.1. n.20. & 24.* Torre *de maiorat. Ital. part.2. quæst. 32. nu.* 20. ibi: *Qualitate masculinitatis per viam regulæ in vna parte difpofitionis confcripta, vbique in difpofitione cenfetur repetita.*

68 Y fe entiende difpuefta per viam regulæ, la claufula general comprehenfiva de todos los llamamientos antecedentes, quando *ftat de per fe*, como advierte el motivo in Proceffu *D. Elifabetis de Embun, fuper Apprehenfione*, alli: *Quæ quidem claufula non illative ad præcedentem, & folum cafum futuri eventus, fed immo de per fe aumentativè, ampliativè, & per modum difpofitionis principalis ftat, & concepta videtur; cum oratione, & vocatione perfecta ficque independentèr, & per fe ftat fubfequitur.* Confonat D. Cafanat. *conf.* 47. *num.* 128. ibi: *Verbum femper fui natura inducit regulam generalem, l. femper generalibus, l. femper in ftipulat. l. femper qui non prohibetur, ff. de regul. iur. : : & vbi mafculinitatem per viam regulæ generalis in vna parte maioratus exprefsit cenferi in alia parte repetitam, ex Molin. lib.3. cap.5. num.62.*

69 Y que la claufula del Teftamento del Duque Don Martin, copiada en el num.18. alli: *Y para mayor declaracion de todo lo fobredicho, quiero, que todos los fobredichos, y cada vno de ellos, que fucedieren en dichas Villas, y Lugares, y bienes de el dicho Mayorazgo puedan tener la eleccion arriba dicha, y ayan de llevar mi Nombre, y Armas; y que no pueda fuceder mas de vno folo,* y q̃ fiempre ayan de preferir los Mafculos à las Hẽbras, *y que no pueda fuceder ninguno que fuere loco, &c.* fea difpoficion per viam regulæ, lo dixo el Señor Cafanate *d. conf.* 47. *num.* 130. alli: *Quod fi hæc funt verifsima, & indubitata, vbi clarè conftat prælationem fuiffe datam Mafculis in vna parte difpofitionis, & nihilominus comprehendit, & determinat omnes alias fubftitutionis partes, fi fub verbo Semper: & fic per viam re-*

regulæ generalis prælatio data sit, fortius, & multo, & absque aliqua prorsus dubitatione debent procedere in præsenti, vbi post omnium substitutionum gradus data fuit prælatio masculis, sub verbo Semper, & sic per viam regulæ generalis.

70 Y lo convence la expressa voluntad del Testador; pues aunque, para la prelacion regular de los Masculos; como pretende la otra parte, bastava dezir: *Prefiriendo los Masculos à las Hembras*; con que contraìa la prelacion al sexo sin sacarla de la linea, no se contuvo en estos terminos, sino que aumentò, para quitar dudas en el llamamiento singular de los descendientes de Doña Aldonça la diccion SEMPER. Y para mayor expression la repitiò en la vltima clausula, por via de regla, para las substituciones antecedentes, previniendo literalmente, *Que en su Mayorazgo suceda vno solo, y que siempre ayan de preferir los Masculos à las Hembras*; y en esta consideracion, vniendo *al tiempo de suceder*, la calidad, *que sea vno solo el sucessor*. Y la singularidad: *Que prefiera el varon à la hembra*, se haze indisputable, que concurriendo varon, y hembra al tiempo de la sucession, y deviendo ser vnico el sucessor, no puede tener lugar la hembra, y la deve preferir el varon de qualquiere linea, porque en otra forma serian ociosas, y superfluas tan repetidas expressiones del Duque Don Martin en favor de los Masculos contra los textos expressos, *in l. qui mutuam 56. ff. mandat. l. verum, §. quod si minor, ff. de minor, l. labeo, §. sed sciēdum, ff. de edil. edict.* y sus palabras: *Ego puto ædiles tolendæ dubitationis bis de eodem, idem dixisse, nec qua dubitatio superesse*, è invtil la declaracion que quiere hazer en esta clausula, como dize al principio; y para *mayor declaracion de todo lo sobredicho*, si entendiessemos que tuvo voluntad de conformarse con la calidad de Mayorazgo regular, y no constituìrlo de calidad prelativa de los Masculos, *etiam remotioris gradus, & lineæ.*

71 De que se infiere con evidencia, que hallandose Don Antonio Juan de Gurrea Aragon y Benabides, con la calidad de mas proximo varon en grado del Testador, al tiem-

po que se definiò la sucessión de estos Estados, por la muerte del Duque Don Carlos, no puede hembra alguna embarazar su reposicion, siendo tan expressa la voluntad del Duque Don Martin en favor de la prelacion de los Masculos, con pretexto de las leyes de los Mayorazgos, y derecho prelativo de la linea, *quia quando Testator se ipsum glossat, & mentem suam declarat, nunquam itur ad interpretationem, & glossam legis*, ex Casanat. *dict. cons.* 47. *num.* 63. D. Sesse *decis.* 412. *in Motiv. vers. Neque obstat.* Iuncto Motivo *in Processu Diputatorum Regni super deposito anno* 1655. alli: *Tamen in hoc Regno cũ litteræ stare debeamus, omissæ vocationes pro omissis censende, nec extẽsio de expressis vocationibus ad alias, de quibus fortasis, nec testatrix D. Ioanna cogitavit fieri debet*, & traditis à D. Ioanne de Castill. *tom.* 5. *cap.* 93. *num.* 18. alli: *Specifica dispositio qua omnes masculi prius quam fœminæ ponuntur, & vocantur, efficit ut fiat transitus ad aliam lineam ubi masculus inveniatur.*

CONSIDERACION IV.

72 EN la substitucion de los hijos, y descendientes de Doña Aldonça de Aragon, de quien descienden los Contendores en este pleyto, se ha de observar el orden que prescriviò el Testador à sus hijos, y descendientes Masculos, y à los descendientes varones de sus hijas Doña Ana, y Doña Juliana, por las palabras relativas de dicha clausula, copiada en el num. 10. *Sucedan los hijos, y descendientes de mi hermana Doña Aldonça de Aragon, Vizcondesa de Ebol, yà difunta, por el mismo orden.*

73 Y no pueden corresponder estas palabras repetitivas, *Por el mismo orden*, à las que se hallan en la clausula antecedente de el num. 9. *Prefiriendo el Masculo à la Hembra, concurriendo en un mismo grado*; porque en el principio de dicha clausula estàn contempladas *las hijas de las dichas Doña Aña, y Doña Iuliana de Aragon, y sus descendientes, y las hijas de sus hijos varones, y descendientes de ellos legitimos por el mismo orden, y forma, que de parte de arriba està dicho, en los* hi-

hijos, y descendientes Masculos, *prefiriendo la hija del primer llamado à la del segundo, y assi de los otros sucessivamente*; y à estas palabras se subsiguen las siguientes: *Prefiriendo el Mas- culo à la Hembra, concurriendo en vn mismo grado*; las quales no se hallan en la clausula inmediata del num. 10. compre- hensiva de los descendientes de Doña Aldonça, sino antes bien, en el lugar que à estas correspondia, dixo el Duque D. Martin: *Prefiriendo siempre los Masclos à las Hembras*; y assi dichas palabras repetitivas: *Por el mismo orden*, no pueden ha- zer relacion à la prelacion del Masculo, *en igual grado con la hembra*, que dispuso el Testador en la clausula anteceden- te; porque en quanto à esta formalidad, dispone respecto de los hijos, y descendientes de Doña Aldonça, *que prefieran siẽ- pre los Masculos à las Hembras*; con que precisamente quedò dispuesto el orden de suceder los hijos, y descendientes de Doña Aldonça, en la forma, que de parte de arriba està di- cho, *en los hijos, y descendientes Masclos*, como lo dize la clau- sula antecedente hasta dichas palabras: *Prefiriendo el Mascu- lo à la Hembra, concurriendo en vn mismo grado*, sin incluirlas, por averlas omitido el Testador en la substitucion de los hi- jos, y descendientes de Doña Aldonça, y dicho en lugar de ellas, *prefiriendo siempre el Masculo à la Hembra*, que hazen la prelacion de los Masculos absoluta, y general. *Quia relatio quantumvis prægnantissimis, & efrenatis clausulis munita, non dicitur percutere personas, circa quas fuit facta alteratio in ipso referente, sed bene alias conditiones, & onera, in quibus nulla fuit facta mutatio.* Surd. *cons.*440. *num.* 51. *decis.* 127. *num.* 7. coram Guillel. Dunoc. *decis.* 193. *num.* 14. & *decis.* 233. *num.* 11. *part.* 17. Torre *de maiorat. part.* 2. *cap.*23. *n.* 44. & *seqq.*

74 Y se confirma con la clausula copiada num. 14. alli: *Y en cada vna de las sobredichas respectivè, quiero aver por re- petido todo lo que arriba està dicho, en el dicho Don Hernando de Gurrea, y Aragon mi hijo, y heredero*, la qual haze relacion à las substituciones de las quatro hermanas del Duque D. Mar tin, Doña Aldonça, Doña Maria, Doña Isabel, y Doña Fran-

cis-

cisca, especificamente nombradas en los quatro llamamientos antecedentes, segun lo convencen las palabras: *Y en cada vna de las dichas respectivè*, que vniformemente corresponden à dichas quatro hermanas, de quienes haze memoria personal, *ex l. 1. §. eum qui, ff. de postulando.* Suelv. *cons. 86. num. 7.* ibi: *Nam dictio*, dichos, *est restrictiva ad nominatos, ad quos solum refertur.* Copiosè Casanat. *cons. 36. num. 6. & seq.* Valenç. *cons. 63. num. 142. & cum sit repetitiva, & demonstrativa, solum ad eos referri debet, qui oculis corporeis legi possunt.* Bart. *in l. qui liberis, §. hæc verba in fine, ff. de vulgari, &c.*

75 Y dichas palabras: *Sucedan los hijos, y descendientes de mi hermana Doña Aldonça de Aragon, Vizcondesa de Ebol, y à difunta, por el mismo orden, prefiriendo siẽpre los Masclos à las Hẽbras*, tienen la misma fuerça, y virtud, q̃ si los llamamientos, y substituciones, puestas en la Institucion de Don Hernando, y substituciones de sus hijos varones, y de sus hijas del dicho Testador, se huvieran expressado, y repetido en la substitucion de los hijos, y descendientes de Doña Aldonça, *l. si ita scripsero, ff. de hæredib. instit. l. ait Prætor, §. si Iudex, ff. de re iudicata, l. hæres meus, §. vxori, ff. de leg. 3.* Decius *cons. 227. num. 3.* ibi: *Ob dictionem, vt supra, substitutio vltimo loco facta videtur secundũ conditiones, & qualitates adiectas in præcedentibus substitutionibus.* Pereg. *de fideicom. art. 29. num. 17.* Surd. *decis. 319. num. 7.*

76 Y es tan poderosa la fuerça de estas palabras repetitivas, que no obran, *per vian taciti, sed per viam expressi*, de la misma forma, que si con palabras expressas se huvieran repetido todas las calidades de los primeros llamamientos: *Nam in hoc casu coniunguntur duæ scripturæ, & vna censetur, l. Aurelius, §. Testator, ff. de liberatione leg.* Valenç. *cons. 97. num. 190.* pulchrè Casanat. *cons. 47. num. 106.* ibi. *Et ne repeterent totam vinculi præcedentis seriem, eam voluerunt vnico verbo haberi pro expressè repetita in descendentibus filiorum, nam relatio fit aliquando brevitatis causa, vt posita in Capitulis ad quos quis se remitit, habeantur, hic pro repetitis, & translatis; vt*

pul-

pulchrè dicit Mandelus de Alva conſ. 448. *num.* 9. Idem Caſanat. *conſ.* 4. *num.* 145. vbi: *Quod verba illa, ſegun la forma, y orden ſuſodicha, declarant mentem Teſtatoris, vt velit formam, & modum ſupradictum protinus obſervari.* Fuſſar. *conſ.* 3. Simon de Pretis *de interpret. vltimar. volunt. lib.* 2. *interpretat.* 4. *dub.* 2. *fol.* 1. *num.* 205. *& ſeqq.* Caſtill. *tom.* 6. *cap.* 181. *num.* 37.

77 De eſtos preſupueſtos reſulta, que D. Antonio Juan de Benabides, por la calidad *de Maſculo* deve preferir à todos ſus Contendores, aunque fuera deſcendiente de Doña Aldonça por linea inferior, aviendoſe de governar la ſuceſſion por las calidades de las ſubſtituciones antecedentes; en las quales obſervamos la prelacion de los Maſculos, vniverſal, y abſoluta, ſin hazer merito de la linea ſuperior del Primogenito.

78 Lo primero, porque el Duque Don Martin en la inſtitucion de ſu hijo Don Hernando llamò *à todos ſus deſcendientes Maſculos perpetuamente*, y ſolamente contemplò à las hijas de ſus hijos, *faltando todos los deſcendientes Maſculos de ellos.* Y aſsi ſiendo Don Antonio Juan deſcendiente Maſculo de Doña Aldonça, y la Señora Doña Joſepha de Gurrea deſcendiente hembra de dicha Doña Aldonça, aunque fueſſe de la linea de Primogenito, deve preferir Don Antonio por la calidad *de Maſculo*. Stephan. Feder. *de qualitatibus contractuum, cap.* 43. *nu.* 11. ibi: *Facta diſpoſitione in linea maſculorum primi vocati, ſi poſt modum in alijs vocationibus dictum ſit, quod intelligatur eodem modo, vel iuxta formam illius nullus locus fæmineo generi relinquitur.* Peregr. *de fideic. artic.* 29. *num.* 17. Fuſar. *de ſubſtit. quæſt.* 403. *num.* 39. *&* 311. *num.* 27. *&* 96. *& conſ.* 24. *nu.* 23. *&* 24. Diò la razon Oſaſco *deciſ.* 23. *nu.* 40. ibi: *Ex illis verbis, modis, & formis, ſic vt ſupra ſpecificatis, repetitum cenſeri ordinem ſuccedendi datum in clauſulis præcedentibus inter maſculos, & fæminas; quia ex verbis repetitivis, cenſetur repetita qualitas maſculinitatis adiecta in præcedentibus.* Menoch. *conſ.* 802. *n.* 97.

79 Lo ſegundo, porque haziendo vn Mayorazgo electi-

tivo el Duque Don Martin, y dexando la misma facultad à todos los sucessores que nombra en su testamento, limita, y circunscrive *à los Varones* la capacidad, è idoneidad para ser elegidos; y no permite, que pueda el vltimo Posseedor elegir *Hembras*, para suceder en los bienes de su Mayorazgo; y assi haze demonstracion evidente, no tuvo voluntad que sucediessen en concurso de los Masculos. Valenç. *cons. 23. nu.* 123. ibi: *Quia institutor non fuit visus velle, quod succederent quos non vocavit, text. in l. 1. §. sin autem, C. de cad. tollen. & in l. Gallus, §. quidam recte,* ibi: *Qui ex verbis concipi possit, ff. de liber. & posth.* Y siendo esta eleccion, dispuesta por especial providencia del Testador. *Egredi nõ debet personas nominatas,* ex Bald. *in l. precibus, nu. 49. C. de impuberum, & alijs substit.* Y los nombrados tienen drecho prelativo à la sucession, ex gloss. *verb. Nominati, in l. cum ita, §. in fideicommisso, ff. de leg. 2.* ibi: *Quia nominatio tribuit nominatis præcedentiam in successione.* Molin. *de primogen. lib. 1. cap. 4. num. 33.* Y esto se funda en la voluntad del Testador, la qual se presume à favor de los que nombra, y no en beneficio de los que omite, *ex l. quoties, ff. de vsufruct. l. Publius, §. 1. ff. de condit. & demonstr.* Ioann. Gutierr. *cons. 4. num. 24.*

80 Lo tercero, que en el caso de no elegir, *sucede el hijo mayor Masculo del vltimo Posseedor,* alli: *Y sino le nombrare, y le eligiere, aya de suceder, y suceda el hijo mayor Masclo de mi hijo, y heredero.* Y sino lo tuviere, suceda el hijo mayor Masculo, de qualquiere de los descendientes, como parece en las palabras siguientes: *Y suceda el hijo mayor Masclo de qualquiera de los descendientes Masclos de mi hijo,* de que se manifiesta, excluyò à las hembras, hijas del vltimo Posseedor Masculo, y prefiriò al descendiente Masculo de qualquiere hijo.

81 Lo quarto, porque en el caso de suceder Doña Ana de Aragon su hija, solamente contempla à sus descendientes Masclos, sin hazer memoria de sus hijas, en el entretanto que huviere varones descendientes de ella, con tan notable expresion, que faltando los descendientes Masclos de dicha Doña Ana, haze especial llamamiento de los Masculos des-

deſcendientes de Doña Juliana ſu hija ſegunda, prefiriendo, no ſolamente entre los hijos *Varones*, la calidad de *Maſculo*, ſin atencion à la linea, ſino tambien, en la deſcendencia *de ſus hijas Doña Ana, y Doña Iuliana*, ſubſtituyendo los *Maſculos* de la ſegunda, en el caſo de faltar *Maſculos* de la *primera*, demonſtrando con tan repetidas expreſiones el afecto, y voluntad que tuvo de preferir los varones à las hembras, ſin hazer merito de la linea, faltando en ella varon; por conſiderar, que eſtos conſervan con mayor luſtre, y eſplendor, la repreſentacion, y nobleza de ſu familia, ex Galvan. *conſ*.40. *num.* 21. Albert. Brun. *conſ.* 10. *num.* 5. *part.* 1. Gregor. Lopez *l*.3. *tit*. 12. *partit*.6. Tiraquel. *in ll. Conubialib. in l.* 1. *num*.88. Aguirre *de ſucceſsione Regni p*.2. *num*.250. Suelv. *ſemic*.2. *conſ*. 5. *num*.25. & 26.

CONSIDERACION V.

82 CON el preſupueſto fundado en la Conſideracion antecedente, de averſe de ajuſtar los llamamientos de los deſcendientes de Doña Aldonça, al orden diſpueſto en la Inſtitucion, y ſubſtituciones de los hijos del Duque Don Martin, reſulta nuevo merito, que califica el derecho claro de Don Juan Antonio Benabides, porque en ella obſervamos formado vn Mayorazgo electivo, con facultad libre en el Poſſeedor para eligir qualquiere hijo Maſculo, que le pareciere; y en el caſo de morir ſin hazer la eleccion, previene: *Suceda el hijo mayor Maſclo de ſu hijo, y heredero*; Y aſsi miſmo dà providencia, para que perpetuamente en dicho caſo, *ſuceda el hijo mayor Maſclo de qualquiere de los deſcendiẽtes Maſclos del dicho mi hijo*; y en eſta claſſe de llamamientos *de hijo mayor Maſclo*, contemplada para el tiempo en que ſe defiere la ſuceſsion, no ſe conſidera la linea, ſino la prerrogativa de el parenteſco, y calidad de Maſculo. Ex Robles Salcedo *de repræſent. lib.* 3. *cap.* 14. *à num*.20. & præcipuè *num*. 27. ibi: *Cum verba ſucceſsionis referantur ad filium maiorem, qui paternæ mortis tempore ſuperfuerit, ardua patrui, & nepotis quæſtio ſublata eſt, nec enim*

ra-

ratio vlla Primogeniti in vita patris decedentis haberi potest: quia omnimodo inspicienda sit, qualitas eius qui paternæ mortis tempore filius maior superesse deprehenditur. Y prosigue latamente, fundando esta proposicion. Consonant Avendaño *in l.40. Tauri, gloss. 17. num.27.* Cancer. *variar. resolut. lib.3. cap.21. num.300. & seqq.* Castillo *lib.3. controvers. cap. 92. à num.19.* Gracian. *discept. forens. cap. 834. num. 1.* textus *in l. cum ita legatur 32. §. fin. de leg. 2.* ibi: *Aut post omnes eos extinctos, qui ex nomine defuncti fuerint, eo tempore quo testator moreretur, l. intervenit, ff. de leg. præstan.* ibi: *Et placet sufficere in ea necessitudine, tunc esse, quando dies legati cedit, l. 1. §. sciendum,* ibi: *Dicendum erit suos posse succedere, si modo mortis testatoris tempore, vel in rebus humanis, vel saltim concepti fuerint, ff. de suis, & legit. l. 5. ff. eodem.* Rojas *de incompat. part. 7. cap.6. num.28. Amato resol. 1. num. 16.*

83 Ni se admite la representacion, como advierte el Señor Obispo Valançuela *cons.23. num.94.* ibi: *Et cum etiam vocaverit, & prætulerit, maiorem natu qui reperiretur masculus tempore mortis possessoris, est certum, quod solum includitur dictus Rodericus del Castillo, & excluditur repræsentatio per suos adversarios prætensa, per vocationem enim maioris, excluditur repræsentatio, vt per Alexan. cons. 4. num. 3. lib. 4. Palac. Rub. in repetitione rubrice de donat. inter vir. & vxor. §. 69. num.37. Anton. Gamma decis.307. incipit Catherina, nu.4. cum hoc sit valdè conforme naturæ maioratuum, vbi semper præfertur maior natus, vt in l. 2. tit.15. part.2. vbi Gregor. Lop. gloss. el mas propinquo pariente, col. 3. Molin. lib. 3. de primogen. cap.3. num.7. idem lib. 3. cap. 6. num. 11. Tiraquell. de iure primog. quæst. 40. num. 156. Alvar. Valasc. d. quæst. 50. num.36. ex l. si libertus, ff. de bon. libert. Cujac. lib.2. de feudis, tit. 11. Hotoman. ad leg. 12. Tabular. si pater. pag. 164. Cutell. ad leg. Siculas, Iacobi Regis nota 41. pag.60. Caccia inter cons. Fusarij consil. 40. num. 28.*

84 Porque se atiende vnicamente à la persona en quiẽ concurren dichas calidades al tiempo de la muerte del antecessor, ex eodem Valançuel. *Quia omnes successiones habent re-*

la-

lationem ad tempus mortis eius cui debet succedi. : : *ex quo enim supervivens vocatur, excluditur repræsentatio ex vocatione superstitis, & filius non repræsentat personam patris*, ex Molin. *lib. 3. de primogen. cap. 8. num. 20.* y se busca la mas calificada para introducirla, examinando entre todos los llamados la calidad en dicho tiempo, *quia non attenditur qualitas, seu causa succedendi, quæ antea fuit, sed quæ nunc est.* Molin. *de primogen. cap. 6. lib. 3. num. 14.* Peregr. *de fideic. art. 22. num. 69.* Castill. *lib. 5. cap. 91. per tot.*

85 Mayormente quando los que pretenden la suces-sion, no son descendientes del vltimo Posseedor, sino trans-versales, *ex gloss. in l. cum ita*, §. *in fideicommisso de leg. 2. & ibi Bald.* Cuman. Paul. de Castr. & Alciat. num. 7. Socin. Sen. *cons. 49. col. 1. lib. 1.* Beroius *cons. 176. num. 67. lib. 2.* Decian. *cons. 9. num. 16. lib. 2. & cons. 21. lib. 3.* Immol. *cons. 55. num. 83. & seq.* Cephal. *cons. 493. num. 43.* Reminal. Iun. *consil. 167. num. 8.* Moch. *cons. 124. num. 54.* Pancirol. *cons. 170. num. 16.* Odd. *cons. 39. num. 30. & seqq.* Rustic. *consil. 2. num. 113.* Lader. Immol. *cons. 45. num. 12. & 13.* Mantic. *lib. 8. tit. 12. num. 31.* Petra *de fideicomm. quæst. 11. num. 5.* Intrigliol. *de substit. cent. 3. quæst. 78. num. 16.* Pereg. *artic. 20. num. 9. & in decis. 132.* vbi latè comprobat, & dicit, *per binas sentencias conformes sic fuisse iudicatum.* Hieronym. Gab. *cons. 96. lib. 1.* vbi latissime Menoch. *cons. 281. dub. 1. & cons. 379. dub. 2. cons. 957. num. 12. & seqq.* Rot. Rom. *in Collect. per Farin. decis. 627. num. 5. part. 2. & decis. 693. num. 3. eadem part. 2.* vbi loquitur, quando fit transitus de vna linea ad aliam. Cephal. *in terminis consil. 457. num. 4. & seq.* Idem Menoch. *cons. 124. num. 54. & cons. 957. nu. 12.*

86 Los quales no aviendo entrado en la sucession del Mayorazgo no puedẽ transmitir à sus hijos el derecho que tendrian si viviessen, como distingue Fussario *cons. 39. à nu. 28. & seqq.* porque es cierto, y contingente, dependiendo de la deficiencia de las lineas anteriores; y por esta causa intransmisible à los descendientes de sus lineas. Quesada Pilo *dissert. 20. à num. 64.* alli: *Quando ius in certum competit*

suc-

successori maioratus non transmittit ius primogenituræ in filium; quod ius incertum, ac dubium erat dependens ex morte D. Mariæ de Aguilar; absque successione; & cum decesserit frater maior, hac conditione non adimpleta, ius aliquod certum obtinere nequivit, ac per consequens, nec transmisibile. Robles Salcedo *de repræs. lib.* 3. *cap.* 7. *nu.* 29. Porque la esperança dudosa, nò se puede transmitir, como advierte Quesada *vbi proximè*, alli: *Quia ius delatum non obtinebat, sed conditionale, quod nequivit transmittit, solumque illi assistebat dubia, ac vaga spes, non vero ius radicatum, quæ spes vaga transferri in alium non potest.* Tiraquell. *de primog. quæst.* 40. *num.* 118. Gamma *decis.* 93. *num.* 2. Capic. Galeot. *illust. lib.* 1. *contr.* 48. *num.* 50. & 51.

87 Y quando el Mayorazgo es de calidad masculina haze imposible la transmision en la hija; aũque represente la linea de primogenitura, porque no puede representar al sexo. Molina *de primog. lib.* 3. *cap.* 6. *num.* 49. ibi: *Cum enim masculinitas parentis in filiam transmiti non possit, nec etiam ab illa repræsentari, vt inquit elegantèr Bart. in l. liberorum, n.* 13. *ff. de verb. signif.* Y cita siguiendo la doctrina de Bartulo *à Fulgos. Alex. Iass.* y otros, Salcedo *de repr. lib.* 1. *cap.* 11. *nu.* 59. alli: *Quando testatoris voluntas disponit, non simplicitèr sub filij appellatione, sed respectu alterius qualitatis, non comprehenditur nepos qui qualitatem illam non habet, & filius non excludit sororem, quia sit filius simplicitèr, sed quia masculus: ergo masculinitatis qualitas in neptem non transit, DD. communitèr in l. venia, C. de ius vocando.* Cita Autores, y concluye, *& per consequens sexus non potest repræsentari.* Consonat Ganaverro *cons.* 5. *à num.* 96.

88 Estos discursos tienen propria, y singular aplicaciõ en favor de Don Antonio Juan de Benabides, siendo el mas proximo varon descendiente de Doña Aldonça en el tiempo de la muerte del Duque Don Carlos; pues aunque el Señor Don Francisco Luis de Gurrea y Aragon, Regente que fue la Governacion de este Reyno, su tio, y padre de la Señora Doña Josepha Francisca de Gurrea y Aragon, lo excluì-

cluiria, si huviera vivido en dicho tiempo, por la calidad de Masculo mayor, y mas proximo, no pudo transferir los derechos personalissimos de descendiente mayor varon à dicha Señora Doña Josepha su hija.

89 Ni con pretexto de aver hecho linea de primogenitura el Señor Don Francisco, puede hazerse lugar la prelacion en que funda dicha Señora Doña Josepha la reposicion que pide en este Processo.

90 Lo primero, porque Don Francisco Luis de Gurrea no tuvo derecho adquirido cierto, y constante para suceder en este Mayorazgo, porq̃ dependia de faltar la descendencia de los cinco hijos del Duque Don Martin. Lo segundo, porque el hijo primogenito del Duque D. Hernando, ni de los otros sus hermanos, y contẽplados, no puede tãpoco dezirse, que en el caso de morir antes que sus padres, hizierõ linea de primogenitura para la sucession de este Mayorazgo, como la harian en los Vinculos, y Mayorazgos regulares; porque siendo electivo en el Posseedor, con facultad de eligir vno de sus hijos varones, es condicional; ex Paz de Tenuta *cap. 59. n. 8.* ibi: *Pro constante itaque asserimus, quotiescunq; ex dispositione maioratus institutoris eligendi facultas data sit, eligi posse filium minorem natu, maiori excluso, l. vnum ex familia in principio, ff. de leg. 2. vbi heres gravatus restituere vni ex familia, potest eligere quam voluerit, vbi Acurs. verbo Vnum, Bart. & Paul. num. 3. in dict. §. si de falcidia, vers. Itaque & probatur in §. rogo eiusdem legis, vbi Paulus n. 1. scribit, quemlibet ex filijs habere ius conditionale, si fuerit electus.*

91 Y muriendo el Primogenito antes q̃ su Padre, y Posseedor actual, no podia Este elegir à su nieto, è hijo de dicho Primogenito, aviendo hijos varones, segũ la letra de la Institució; porq̃ en este caso se contraxo la facultad de eligir à los *hijos varones, q̃ viviessen al tiẽpo de su muerte.* Y assimismo el derecho de suceder se limitò à los mismos en el caso de no eligir, segũ la letra de la Institució, alli: *Pueda eligir vno de sus hijos, el q̃ mas querrâ: Y sino le nombrare, y eligiere, aya de suceder el hijo mayor Masclo de mi hijo mayor Masclo, y heredero.*

92 Y en esta consideracion, deviendose arreglar la sucessión de los descendientes de Doña Aldonça à este orden, aviendo muerto el Señor Don Francisco Luis sin aver llegado el caso de el llamamiento de los descendiẽtes de Doña Aldonça: Y consiguientemente, ni tenido facultad su padre para poderlo eligir, no ay capacidad, al parecer, pára juzgar, que formò linea de primogenitura en este Mayorazgo electivo, por lo qual puedan pretender sus descendientes la prelacion; y sin ella no es dudable la mayor calificacion del derecho de Don Antonio Juan de Benabides, como varon mayor, y mas proximo en el tiempo que se definiò la sucession à los descendientes de dicha Doña Aldonça.

93 Lo tercero, porque como avemos fundado, el varō descendiente de los hijos, è hijas del Duque Don Martin, deve preferir à las hijas de todos ellos, siendo evidente esta prelacion por dicha calidad de Masculo, sin atencion à la linea que haze cada vno de sus hijos para sus descendientes; porque las hembras, è hijas, assi de dichos cinco hijos de el Duque Don Martin, como de todos los varones que descẽdieren de ellos, tienen discretivo, y especial llamamiento en la clausula nona; y en virtud de la relacion, observamos lo mismo en las hijas de los hijos varones, descendiẽtes de Doña Aldonça, vt punctim, & in terminis tradit Franciscus à Sousa *in repetitione legis fœminæ de reg. iur. part.* 1. *num.* 48. alli: *Attamen quando in maioratibus institutor, discretivè vocat descendentes masculos, & his deficientibus, fœminæ, in forma de qua hic, vel similibus, censetur velle quemvis masculum, quantumvis remotiorem perferri cuibis fœminæ proximiori, etiā filiæ vltimi possessoris, vt hic, ex ea enim forma vocandi separatim masculos, censetur respexisse, magis ad qualitatem sexus quā ad gradū.* Cita à Baldo, Gregorio Lopez, y otros, y cōcluye, pōderando, que la prelacion en este caso se induce por la volūtad del Testador, alli: *Non diximus in proposito præferendum eße masculum remotiorem ex capite conservande agnationis, sed ex mente coniecturata, ex eo, quia magis ad sexum quam ad gradum respexit institutor, qui vocat in hac forma, &c.*

Lo

94 Lo quarto, porque en la clausula dezima, en que fundan su inclusion todos los Contendores, como descendientes de Doña Aldonça de Gurrea, estàn llamados nomine colectivo: y en la misma forma estàn contemplados en la clausula antecedente los descendientes de las hijas de los cinco hijos del Duque Don Martin, prefiriendo la hija del primero, y sus descendientes Masculos in vniversum à la hija del segundo, y la de Este à la hija del tercero, y la de Doña Ana à la de Doña Juliana; De manera, que entre los descendientes de las hijas, observamos tambien como regla, la prelacion de Masculo, *quando està en igual grado con la hembra*, y en los descendientes de Doña Aldonça, *preferida siempre la calidad de Masculo*, alli: *Prefiriendo siempre los Masculos à las Hembras.*

95 Y en estos terminos distinguen los Docteres el caso de aver sucedido en el Mayorazgo alguno de los descendientes de la linea contemplados colectivamente, ù tratarse de introducir en los derechos de la sucession, por dicho llamamiento colectivo. En el primero haze linea de prelacion el descendiente, que se introduxo en el goze, y possession del Mayorazgo. Y en el segundo no se haze aprecio de la linea de los singulares descendientes, aunq̃ cada vno de ellos forme linea, como advierte Ramona *cons.* 100. *nu.* 483. alli: *A quolibet filiorum fit linea.·. licèt quotquot descendunt ab vno stipite in vna linea esse censeantur*; porque se atiende à aquel primero en quien se entroncò el llamamiento para èl, y todos sus descendientes, y se admite al goze, y possession el que se halla mayor, y mas proximo in vniversa linea, si el Testador no contemplò otra calidad, y si la contemplò, sucede qualquiere descendiente del Primero en quien concurre, y se halla, sin hazer merito de las lineas que formaron sus descendientes. Torre *de maiorat. cap.* 40. *à num.* 38. alli: *Adaptatur communissima distinctio scribentium, quod quando maioratus non est adhuc ingreßus in linea possessoris, debeat admitti natu maior ex vniversa descendentia; quod dictum fuit non alia ratione, nisi quia in primo ingressu constat de vocatione*

expressa natu maioris de tota linea, & descendentia; proinde maior natu de vniversa linea est admittendus; quando verò agitur de succesione post primum ingresum filius sit admittēdus post patrem iuxta ordinem succesionis intestatæ. Y prosigue: *Quod verò talis distinctio de linea non adhuc ingressa, & de linea ingressa, vt primo casu succedat natu maior de linea vniversa, secūdo casu succedat, natu maior possessori defuncto proximior, videlicèt filius post patrem, sit apud scribentes notissima desumitur ex scripto per Tyraquel. &c.* Cita a Surdo, Alexand. Menochio, Carena, al Cardenal de Luca, y otros.

96 En el caso presente, se trata del ingresso de la linea de Doña Aldonça, no aviendo posseìdo este Mayorazgo alguno de sus descendientes; en ella estàn contemplados *los masculos*, con absoluta prelacion, no se halla otro varon mas proximo, que D. Antonio Benabides in vniversa linea: Luego tiene derecho claro, y notorio para la succession, aunque fuera disputable (que no lo parece) en el caso que D. Francisco Luis de Gurrea huviera entrado en possession del Mayorazgo.

CONSIDERACION VI.

97 AVNQVE avemos satisfecho, al parecer, con los discursos antecedentes à los fundamentos que contiene la Cedula de Reposicion de la Señora Doña Josepha de Gurrea, responderèmos con especialidad en esta Consideracion, repitiendo brevemente las circunstancias mas principales, con que quedan enteramente satisfechos: *Quia eaque repetuntur, brevitèr sunt decurrenda.* Ex Mendoza *in Viridario lib. 7. cap. 22. in fine.*

98 El merito de la instancia de dicha Señora se reduce, à que en la clausula 9. dispuso el Duque Don Martin para la succesiō de los descendientes de las hijas de sus tres hijos varones, y de dichas sus dos hijas Doña Ana, y Doña Juliana, vn Mayorazgo regular, segun pretende que se infiere de aver dado la prelacion al masculo, *concurriēdo vn mismo grado con la hembra.* Que la clausula siguiente del nu. 10. donde substituye à los hijos, y descendientes de Doña Aldon-

donça de Aragon, contiene las palabras relativas, *succedan por el mismo orden.* Que la relacion se haze à lo mas proximo. Ex Cassanat. *cons.* 53. *num.* 61. Que aviendo de succeder los descendientes de Doña Aldonça por las reglas de Mayorazgo regular, formò linea de primogenitura, y prelacion Don Francisco Luis de Gurrea, por pariẽte en igual grado con la Señora Doña Elena de Gurrea, y Aragon, su hermana, Marquesa de Castro, y de Pinòs. Que no aviendo dexado dicho Don Francisco Luys de Gurrea hijo alguno masculo, y avido en hija vnica, y primogenita à la Señora Doña Josepha Francisca de Gurrea, y Aragon, no se halla varon en igual grado, que pueda embarazar su reposicion; pues aunque Don Antonio Juan de Benabides sea masculo, no tiene la prerrogativa de descendiente de la linea de primogenitura, porque su madre la Señora Marquesa no la pudo formar, aviendo tenido por hermano al Señor D. Francisco Luys. Que aunque en dicha clausula del num. 10. se hallan las palabras: *Prefiriendose siempre el masculo à la hembra*; deven entenderse, concurriendo en vna misma linea, segun los Exemplares de la causa de Torres de Berrellen *in Proces. Appellat. D. Iosephæ Antoniæ de Gurrea, Cerdan, & Sayas, super Apprehens.* y otros de este Reyno, que refieren los motivos de la Real Audiencia *in Process. D. Margaritæ Abarca, & Villanueva, super Apprehens.* y el del Supremo Consejo de Aragon *in causa Status Sugurbi, die* 26. *Iunij an.* 1675. que refiere Don Manuel Bedoya *in Specul. ver. Iurisp. lib.* 3. *disc.* 2. *fol.* 324.

99 A estos presupuestos que haze la otra parte, respõdemos lo primero: Que en la clausula del num. 9. no puede considerarse formacion de Mayorazgo regular, porque las hijas de los hijos del Duque Don Martin, y sus descendientes deven succeder: *Por el mismo orden, y forma, que de parte de arriba està dicho en los hijos, y descendientes masculos*; y aviendose dispuesto entre ellos vn Mayorazgo irregular, y de calidad masculina, excluyendo la hija del primogenito, se ha de practicar con la misma calidad prelativa de los mas-

cu-

culos in qualibet linea, la substitucion de los descendientes de dichas hijas, *arreglada al orden dispuesto para los hijos varones, y sus descendientes*; *ex text. in l. ex ratione*, §. *si filias. ad Leg. Falcid.* ibi: *Substituti, sub ducta persona pupilli, revocandi sunt ad intellectum institutionis*; *leg. 2. de Coniug. cum emanc. liber.* ibi: *Sed potest superior sermo, & adhuc casum referri. L. Seya, ff. de donat. caus. mort.* ibi: *Propter legem in exordio datam. L. Gallus, §. & si quid tantum, ff. de liber. & posth.* ibi: *Vt ad similitudinem mortis cœteri casus admittendi sint*; *leg. 1. C. de impub. & alijs substit.* ibi; *Verum est nō alias partes testatorem substitutioni inseruisse, quā quæ manifestè in Institutione expressæ sunt.* Garc. *de Nobilit. in innit. dict. tract. num. 6.*

100 Lo segundo, que en los primeros grados de la Institucion, y Substituciones, observamos la prelacion de los masculos, alli: *Instituyo à Don Hernando, y à sus hijos, y descendientes masculos::: y faltando la descendencia de masculos, succeda Don Martin, y sus descendientes masculos, perpetuamente; y faltando sus descendientes masculos, succeda Don Francisco, y sus descendientes masculos*; y lo mismo dispone, respecto de sus dos hijas Doña Ana, y Doña Juliana, alli: *Y faltando los descendientes masculos de Doña Ana, sucedan los descendientes masculos de Doña Iuliana*; y esta qualidad contemplada para los primeros grados, haze regla para los siguientes: *Ne plus iuris in persona substituti Testator habet quam habuerat in eo, cui eum substituit, ex l. qui fundum, §. qui filio, ff. ad L. Falcid.* porque la qualidad del primer grado informa à todos los posteriores, cum pluribus Castillo *tom. 6. lib. 5. cap. 178. num. 2. & 181. num. 10.* y como regla comun lo assienta Fussar. *de substit. q. 450. num. 1.* alli: *Quæro vtrum conditio, modus, & qualitas apposita primæ substitutioni censeatur repetita in sequentem? Constituo regulam, quod dicatur repetita,* aunque en terminos sencillos; y no aviendo palabras relativas, sea question comun; extradditis à Castillo *lib. 2. Controv. cap. 4.*

101 Lo tercero, que las palabras de dicha clausula 9. *Prefiriendo el masculo à la hembra, concurriendo en vn mismo grado,*

do, no pueden constituìr bastante congetura, para que se entienda formado vn Mayorazgo regular en el llamamiento de las nietas, y sus descendientes de dicho Testador, porque antes bien parece, se apartò de las reglas del Mayorazgo regular, contemplando la mayor proximidad del parentesco, circunstancia exclusiva de la prelacion de la linea; vt diximus num. 59. porque la palabra *Grado*, es demonstrativa de parentesco, y consanguinidad, y exclusiva de la prerrogativa de linea; ex Canç. *variar. resolut. lib.* 3. *cap.* 21. *num.* 307. D. Cassanat. *cons.* 34. *num.* 15. cum pluribus Valenç. *cons.* 23. *num.* 99. *& seqq.*

102 Lo quarto, que considerandolas con atenta especulacion, se reconoce vsò de ellas el Duque Don Martin para el caso de entrar al goze de este Mayorazgo las hijas de sus hijos varones, y hembras, en el qual, siguiendo la regla de la prelacion de los masculos, previene: *Que faltando todos ellos, succedan las hijas por el mismo orden; prefiriendo la del primero à la del segundo, y assi de los otros successivamente, prefiriendo el masculo à la hembra, concurriendo en mismo grado*, que fue dezir, la hija de Don Hernando preceda à la de D. Martin, la de este à la de Don Francisco, la de Don Francisco à la de Doña Ana, la de Doña Ana, à la de Doña Juliana; pero en caso, que concurrieren masculo, descendiente de qualesquiere de las hijas de sus cinco hijos, y assimismo hembra descendiente de las mismas hijas, aunque descienda de la hija del primer hijo, sea preferida por el masculo, que se hallare en igual grado de parentesco con el Testador, aunque sea hijo de la hija de el hermano segundo, como se halla observado en dichos llamamientos antecedentes, en las substituciones de sus cinco hijos, quibus consonant adducta Considerat. 5. num. 83. & seqq.

103 Lo quarto, que aunque este discurso excluya la succession de Don Antonio Juan de Benabides; y assimismo la instancia de la Señora Doña Josepha Francisca de Gurrea; porque califica el titulo de la Señora Marquesa, como mas proxima en grado, que su Sobrina, è Hijo

pe-

pero como avemos fundado en la Consideracion segunda, no puede governarse la succession en el caso ocurrente por dicha clausula, en que la prelacion del masculo està qualificada *à la igualdad del parentesco*; sino por la siguiente, especial para los descendientes de Doña Aldonça; absoluta; y general, *prefiriendo siempre los masculos à las hembras*, y aunque se atendiesse, devia preferir Don Antonio à la Señora Doña Josepha, por hallarse Masculo en igual grado.

104 Lo quinto, que estas palabras: *Prefiriendo siempre los masculos à las hembras*, hazen este Mayorazgo de calidad masculina, pues aunque en terminos sencillos sea disputable, y se contrayga la prelacion al concurso en vna misma linea, en dictamen de algunos Autores, donde por ley especial se ha dado regla à los Mayorazgos, como se entendiò en los exemplares referidos, segun resulta de su letura, y motivos.

105 En el caso ocurrente, en que dichas palabras: *Prefiriendo siempre los masculos à las hembras*, se hallan corroboradas con repetida prelacion de masculos en la Institucion, y Substituciones anteriores, y posteriores; vt diximus Considerat. 2. y dispuestas por via de regla vniversal para todos y no circunscriptas à linea especial; vt in Considerat. 3. y esto *por via de declaracion* del mismo Testador, è Instituyente del Mayorazgo; ex dictis num. 70. & 71. junto con la relacion, que hazen à la Institucion, y Substituciones de los hijos masculos, y de las hijas del dicho Testador, en las quales es constante la prelacion de los masculos de linea inferior; parece, no puede estàr sugeto à disputa el derecho prelativo de Don Antonio Juan de Benabides, como descendiente de Doña Aldonça de Gurrea, y Aragon, y mas proximo masculo del Duque Don Martin, en el tiempo de la vacante, por la muerte del Duque Don Carlos, è ingresso de la linea de Doña Aldonça; en la qual colectivamente estàn contemplados todos sus descendientes con literal, y clara prelacion del masculo; vt diximus Considerat. 5. porque aunque pudiera hazerse lugar en la prelacion de la linea, en este casu solo se atiende, aviendo sucedido aquel que ha-

haze cabeza para la inclusion. Ex Ribera *de succes. Regn. Portugal. art. 5. num. 132.* Mart. *de success. legal. part. 3. q. 1.* Y es notable circunstancia para satisfacer los exemplares referidos, en què la contienda fue con la hija del vltimo possedor del Mayorazgo, en continuacion de su linea, y no del ingresso de otra linea de Colaterales, como en el caso de este pleyto; vt latè in Considerat. antecedenti.

106 Y en conclusion, Señor Ilustrissimo, aunque reconocemos la naturaleza del Incidente de Reposicion, y que lo dudoso de el derecho de los Contendores, impide en terminos comunes la resolucion en este articulo, como dixo con singularidad el text. *in l. hac actione 3. §. ibidem 13. ff. ad exhiben. & si quæ tàm evidens sit, vt facilè repelat Agentem debere possessorem absolvi: si obscurior, vel quæ habet altiorem quæstionem differendam indirectum iudiciũ.* Argel. *de legitim. contradict. quæst. 2. art. 2. num. 95.*

107 Considerando V.S.I. que Don Antonio Juan de Benabides se halla incluido con la Regla de la voluntad de el Testador, por la calidad de masculo, con evidente, y clara prelacion, por no estàr llamadas las hembras, sino en defecto de varones, como dezia Pedro Surdi *cons. 275. numer. 20.* ibi: *Nòs sumus in casu clariori in quo fœminæ non sunt vocatæ, nisi penitùs extinctis masculis.* Y Fontanel. *de pact. nupt. claus. 4. gloss. 25. num. 12.* alli: *Resolutivè respondeo, quod masculos sine dubio, ex quo disponens vocavit prius masculos, & in eorum defectu fœminas, videtur semper voluisse præferri.*

108 Y con la Foral, por ser Vinculo, y Mayorazgo, dispuesto, y ordenado en nuestro Reyno por el Duque Don Martin, descendiente de nuestros Serenissimos Reyes, que nos dexaron los Establecimientos Legales de observar las disposiciones, segun la letra, y voluntad que demuestran las palabras: *Quia nihil ineptius, quam lex cũ Prologo.* Ex Seneca *Epist. 94.* desterrando cõ este medio las consideraciones metafisicas, q̃ hazẽ dudosa la justicia en los Contractos, Herencias, y Fideicomissos, è inmortalizã los pleytos, con inmen-

so

so dispendio de los Litigantes, como advierte nuestro gran Coronista Don Bartolomè Leonardo *en la Carta Dedicatoria de los Fueros, à los Señores Diputados*, alli: *La selva intrincada de las Leyes, que se dirigen à desañudar la verdad en materias Civiles, y decernir la justicia en los Contractos, Herencias, y Fideicomissos de ellos, donde no ay litigio sin consideraciones metafisicas, no ha de causar inmortalidad en los pleytos, tinieblas, y confusion.*

109 Y con la Juridica, concurriendo las dudas, en las excepciones opuestas por la otra parte, con notoria, y evidēte insubsistencia, contra los derechos claros de D. Antonio Juan de Benabides, que no permite suspender la reposicion del q̄ viene con la regla. Ex Fontanel. *decis.* 401. *n.* 19. Argel. *de legit. contradict. quæst.* 12. *n.* 38. *Quia regulam habens dicitur habere rem certam*; mayormente en questiones de derecho; *ex text. in leg. ornamentorum, ff. de aur. & argent. legat. ubi Bart. Rot. decis.* 57. *num.* 3. *part.* 2. *divers.* y en Tribunales Grandes, y compuestos de Ministros de tan relevantes prendas; vt cum innumeris traddit Carleval *de Iudic. tom.* 2. *disput.* 5. *num.* 14. Esperamos que V.S.I. mandarà reponer à Don Antonio, como lo suplica en este Processo, y entendemos procede de derecho. Salv. G.D.M.I.C. Zaragoça, y Agosto 15. de 1698.

Doct. Joseph Francisco Arpayon Torres.

Doct. Joseph Cayetano de Suelves, y Rubalcava.